

الحيل الفقه
وعلاقتها بأعمال المصرفية الإسلامية
«دراسة فقهية تطبيقية في ضوء المقاصد الشرعية»

دار كنوز إشبيليا للنشر والنزيع، ١٤٣٦هـ

فهرست مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الخلوفي، عيسى محمد عبد الغني

الحيل الفقهيّة وعلاقتها بأعمال المصرفية الإسلامية (دراسة فقهيّة تطبيقيّة في

ضوء المقاصد الشرعية/عيسى محمد عبد الغني الخلوفي؛ الرياض، ١٤٣٦هـ

... ص ١٧×٢٤؛ ٣ ج

ردمك: ٩٧٨-٦٠٣-٠٠-٠٠-٠٠

١. الحديث - ٢. العنوان

ديوي ٠٠.٠٠ ١٤٣٦/٠٠

رقم الإيداع: ١٤٣٦/٠٠هـ

ردمك: ٩٧٨-٦٠٣-٨١٥٥-٠٠-٠٠

جميع حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٣٦هـ ٢٠١٥م

دار كنوز إشبيليا للنشر والنزيع

المملكة العربية السعودية ص.ب ٢٧٢٦١ الرياض ١١٤١٧

هاتف: ٤٩١٤٧٧٦ - ٤٩٦٨٩٩٤ فاكس: ٤٤٥٣٢٠٣

E-mail eshbelia@hotmail.com



**الحيل الفقهية
وعلاقتها بأعمال المصرفية الإسلامية**
«دراسة فقهية تطبيقية في ضوء المقاصد الشرعية»

تأليف

د. عيسى بن محمد عبد الغني الخلوفي

دار كوز شيبان
للنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أصل هذا الكتاب

رسالة علمية قدمت إلى كلية الإمام الأوزاعي للدراسات الإسلامية
ببيروت لنيل درجة الدكتوراه، وقد تمت مناقشتها بتاريخ: ٢٤ محرم
١٤٣٤هـ، الموافق ٨ ديسمبر ٢٠١٢ م، وقد أجيّزت بتقدير ممتاز.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد^(١)؛ فإن الفقه في الدين شرف رفيع عظيم، والانتساب له مما يكرم الله به بعض عباده، وإن الأمة في كل زمان تحتاج إلى من يبين لها أمور دينها، وخاصة ما يتعلق بنوازل العصر. وإن جانب المعاملات المالية المتوافقة مع الشريعة والمحققة لمقاصدها من المواضيع الأساسية في زماننا هذا، لأثرها المباشر على الشأن الاقتصادي العام للدول المسلمة، لذا كان أحد أهم الجوانب التي تستحق البحث والدراسة في زماننا، لتقديم ما يتوافق مع الشرع ويحقق مقاصده في المال خاصة والاقتصاد عامة.

ما هو موضوع الحيلة الفقهية:

إن الحيلة الفقهية أو منهج التحيل الفقهي يمكن تفسيره بأنه: استخدام الفقه الإسلامي وأدواته في نقل المكلف من حكم شرعي إلى آخر. وهذا المنهج ليس مقصوراً على باب من أبواب الفقه، بل يشمل معظم الأبواب الفقهية، فمن خلال الأمثلة التي ذكرها الفقهاء منذ بدء ظهور هذا المنهج نجد أن الحيل الفقهية أداة استخدمت غالباً لحرف المسلمين عن واجباتهم الشرعية والتزاماتهم مع الآخرين في جميع الجوانب، مثل جانب المعاملات المالية والأحوال الشخصية.

الحيل الفقهية منهج في الإفتاء وليس فتوى فردية

إن وصف موضوع الحيل بالمنهج أو المسلك هو الأليق به، فهو منهج في الإفتاء وليس فتوى فردية من فقيه ما، ودليل ذلك أن هذا المنهج والمسلك في الإفتاء يعاود الظهور في مشهد الفتوى الفقهية بين عصر وآخر، ولو كانت الحيل اجتهاد فردي أو فتوى شخصية لاندثرت بذهاب صاحبها، ومما يؤكد ذلك عودة هذا المنهج للظهور في زماننا بصورة فاقعة في شتى من مسائل التمويل لدى المصارف الإسلامية.

(١) لقد قمت باختصار المقدمة الأصلية من أطروحة اداكتوراة، وأضفت لها مآرأته مناسباً للقارئ .

دوافع اللجوء لمنهج الحيل الفقهية

لا يمكن فهم أي سلوك إنساني أو اتجاه فكري إلا بإدراك بواعثه وأسبابه، وإن الباعث والمسبب لهذا المنهج عدة أمور؛ أشهرها دافع الرغبة في التسهيل والتيسير على المكلفين، وأخفاها دافع التخلص من التكاليف الشرعي، ويمكن أن يضاف لها في زماننا المعاصر؛ تبوأ منصباً شرعياً لدى أحد المصارف الإسلامية !

أهمية دراسة موضوع الحيل الفقهية:

إن موضوع الحيل الفقهية من مواضيع الفقه التي لا زالت غامضة المعاني، مجهولة المسالك، وهو موضوع يحتاج إلى دقيق فهم وطول تأمل لتمييز المشابه منه، وتقعيد قواعده؛ ليسهل على المهتمين فهمه، ولا يزال موضوع الحيل الفقهية في حاجة أيضاً إلى تناوله بالدراسة في ضوء علاقته بالمقاصد الشرعية.

وفي زماننا هذا؛ تظهر لنا أهمية دراسة موضوع الحيل الفقهية نظراً للجوء الفقهاء العاملين في التأسيس لمعاملات المصرفية الإسلامية لمسلك الحيل الفقهية في بناء المعاملات وصيغ التمويل المختلفة، لذا فنحن بحاجة ماسة لنقد وتعرية هذا المنهج في بنيته وتركيبه ومآلاته، وليس في تتبع الفتاوى الفردية المبنية على الحيلة الفقهية.

ومع وجود فريقين من الفقهاء: فريق تساهل في استدعاء فقه الحيل بدعوى التسهيل والتيسير، وفريق مال إلى سد باب الحيل بالكلية، تظهر الأهمية الكبرى لدراسة موضوع الحيل الفقهية.

إن خطورة هذا المنهج تكمن في أنه أداة للتخلص من التكاليف الشرعية بصورة تظهره متفقاً مع الشرع، أي أن الصورة الشرعية الظاهرة لتطبيق الأمر الشرعي مفرغة من مضمونها الأساسي ومن روحها؛ أي تحقيق المقاصد الشرعية للحكم. وعلى ذلك فإن ثمرة الحيل الفقهية يمكن اعتبارها: عملية تدليس كبرى على المسلمين، يقوم بها بعض من لبس ثوب العلم الشرعي.

ومن المؤسف أن هناك من المنتسبين للفقہ الإسلامي أو لتخصص الاقتصاد الإسلامي من يرى أن الحيل الفقهيّة من الفنون الفقهيّة التي بها تحل كل المشكلات التي تعترض تأسيس مصرفية إسلامية تنافس تلك المصارف الربوية !

أهداف الدراسة:

- ١- بيان نشأة الحيل وآثارها وأبعادها المختلفة على مجتمع الفقهاء وعامة المجتمع المسلم.
- ٢- تسهيل وتقريب موضوع الحيل الفقهيّة للباحثين والمهتمين بالموضوع، ببيان المراد بالحيلة الفقهيّة، وتمييز أنواع الحيل عن بعضها، وذكر حكم كل قسم منها.
- ٣- تحديد قرائن لمعرفة وجود الحيل في المعاملات، ووضع معايير ومقاييس للحكم على الحيل حسب علاقتها بالمقاصد.
- ٤- دراسة علاقة الحيل بتحقيق المقاصد الشرعية في المآل، وأثرها على بناء مصرفية إسلامية واقتصاد إسلامي حقيقيين، ودراسة كيفية تحقيق الاقتصاد الإسلامي وفق مقاصد الشريعة.
- ٥- دراسة صيغ التمويل الأهم لدى المصارف الإسلامية من خلال علاقتها بالحيل الفقهيّة.

المشكلة الرئيسيّة:

ان المشكلة الرئيسيّة التي عنيت بها: هي مدى جواز أو صلاحية منهج الحيل الفقهيّة للإفتاء في مسائل النوازل الفقهيّة المعاصرة، وفي تأسيس مصرفية إسلامية محققة للمقاصد الشرعية في المال والاقتصاد؟

الدراسات السابقة:

تناول بعض الباحثين موضوع الحيل بالدراسة، وكان لكل باحث منهجه الخاص في تناول الموضوع، وقد أفدت كثيرا منها من هذه الكتابات، دون استثناء، فإن لكل بحث

جانب يتميز به، لكن ذلك لا يمنع من أن أبدي بعض الملاحظات العامة على الكتابات السابقة، وأهم الملاحظات مايلي:

- ١ - عدم تعمق تلك الكتابات في دراسة موضوع الحيل كمنهج وظاهرة فكرية.
- ٢ - غلبة صفة الجمع لمسائل الحيل الفقهية وترتيبها على الأبواب، على التحليل والدراسة لها.
- ٣ - عدم الاهتمام بدراسة العلاقة بين المقاصد الشرعية والحيل الفقهية، وإن ذكرت العلاقة فهي كلمة عامة، دون تعمق.
- ٤ - بعض الكتابات كانت نظرية دون الاهتمام بالجانب التطبيقي في النوازل المعاصرة.
- ٥ - من اهتم بالحيل الفقهية في المعاملات المالية لم يعنى بذكر أثر الحيل على تحقيق اقتصاد اسلامي حقيقي.

وأهم هذه الدراسات:

- ١ - كتاب: "الحيل الفقهية في المعاملات المالية"، للدكتور: محمد بن إبراهيم، وهو في الأصل رسالة علمية لنيل درجة الدكتوراه، طبعت في العام ١٩٨٣ م، ولم يذكر مكان الطباعة.
- وعمل المؤلف في كتابه على جمع الحيل التي أوردها من صنّف في الحيل من الأقدمين على الأبواب الفقهية المتنوعة في المعاملات المالية فقط، ولم يهتم بالمسائل التطبيقية المعاصرة، بل اهتم بنقل مسائل الحيل من كتب الحيل المتقدمة، في باب المعاملات فقط، مرتبة على الأبواب الفقهية.

- ٢ - الحيل الشرعية في مجال الاقتصاد، دراسة من اعداد الطالبة: اشراق محمود الخطيب، قدمت للحصول على درجة الاجستير في الاقتصاد الاسلامي، من جامعة اليرموك بالأردن، ونوقشت في العام ١٩٩٨ م، وهي رسالة جيدة، لكنها مختصرة، ولم

تتطرق لكثير من الجوانب المهمة المتعلقة بالحيل، ومن ذلك عدم تطرقها لموضوع المقاصد الشرعية وعلاقتها بالحيل.

٣- كتاب: "الحيل في القانون المدني، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، للدكتور: محمود عبدالرحيم الديب، وهو في الأصل رسالة علمية لنيل درجة الدكتوراه، طبع في العام ٢٠٠٤ م، في مصر. وهو كتاب قيم في موضوع الحيل، عني فيه المؤلف بالمقارنة بين الحيل في الفقه الإسلامي والحيل في القانون المدني.

٤- كتاب: "الحيل الفقهية، ضوابطها وتطبيقاتها على الأحوال الشخصية"، للدكتور صالح بوبشيش، وهو في الأصل رسالة علمية لنيل درجة الدكتوراه، طبع في العام ٢٠٠٥ م، في السعودية. ومن عنوان الرسالة نجد أنها تتناول موضوع الحيل في الأحوال الشخصية، مثل النكاح والطلاق والخلع، والباحث في رسالته لم يفرق بين الحيلة التي وسيلتها جائزة، وبين الحيلة التي وسيلتها محرمة، لذا نجد الأمثلة لديه متداخلة أحيانا، ولم يهتم كذلك بدراسة الحيل في ضوء المقاصد.

٥- الحيل واثرها في الاحوال الشخصية، دراسة نظرية تطبيقية. إعداد الطالب: إيهاب أحمد أبوالهيجاء. وهي رسالة ماجستير، قدمت لكلية الدراسات العليا في الجامعة الاردنية، في العام ١٩٩٦ م، وهي مشابهة للرسالة السابقة في اعتنائها بالحيل في مجال الأحوال الشخصية.

٦- الحيل الشرعية في الفقه الاسلامي، اعداد الطالب تيسير عمران علي عمر، نوقشت في العام ١٩٩٩ م في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، وبحث فيها الحيلة الفقهية، مع مناقشة لشيء من الحيل الفقهية في بعض الأبواب الفقهية، لكنه لم يتناول بالدراسة الحيل الفقهية في مسائل النوازل المعاصرة.

٧- كتاب: " الحيل الشرعية بين الحظر والإباحة "، للأستاذة نشوة العلواني طبع في العام ٢٠٠٢ م، في سوريا. وهو كتاب مختصر، ولا يتناول كثيرا من الأمور المهمة التي تتعلق بالحيل الفقهية وخصوصا ما يتعلق بتحرير محل الخلاف وتحديد المراد بالحيل المختلف فيها، وأقسامها، وكذلك يفتقد الكتاب للمنهجية العلمية خصوصا ما يتعلق بالنقل والتوثيق.

محتوى هذه الدراسة:

قسمت الدراسة إلى خمسة فصول، موضوعاتها كما يأتي :

الفصل الأول: تناولت فيه التعريف والنشأة، لتحديد المراد بالحيلة الفقهية، وتقسيم الفقهاء للحيل، لتمييز أنواعها المختلفة، ثم تناولت الحيل المتفق على حكمها؛ سواء اتفق على تحريمها أو جوازها، وبينت مجالات الاستفادة من الحيل الجائزة.

وهذا الفصل أشبه ما يكون بالتمهيد للفصل الذي بعده، فقد حددت المراد بالحيلة وقمت بإخراج الأقسام التي لا علاقة لها بالخلاف بين الفقهاء.

الفصل الثاني: وقد خصصته لبيان حكم الحيلة الفقهية المشهورة، التي وقع فيها الخلاف بين الفقهاء، مع بحث الموضوعات الأصولية والفقهية التي لها علاقة بالحكم عليها، ثم بيان أقوال الفقهاء في الحيل الفقهية وأدلتهم والترجيح في حكم هذه الحيلة. وإذا كان هذا الفصل دراسة للحيلة بالعرض على النصوص الشرعية، فإنه تمهيد للفصل الذي بعده، المتضمن دراسة لها بالعرض على المقاصد الشرعية.

الفصل الثالث: تناولت فيه العلاقة بين المقاصد الشرعية والحيل الفقهية، وعلاقة الحيلة بالموضوعات المنبثقة عن المقاصد مثل: جلب المصلحة ورفع الحرج وفقه التيسير، مع العناية بوضع معايير للحكم على الحيل.

وإذا كان هذا الفصل بيان لعلاقة الحيل بالمقاصد الشرعية فإن الفصل القادم سيتناول المصرفية الإسلامية، وأثر الحيل عليها.

الفصل الرابع: تناولت فيه نشأة المصارف الإسلامية، وغاياتها وكيف دخل فقه الحيل عليها وآثار ذلك على المصرفية الإسلامية، ومن ثم أثر الحيلة على تحقيق الاقتصاد الإسلامي الحقيقي، وتناولت كذلك مدى صلاحية الحيل الفقهية للإفتاء في المعاملات المالية المعاصرة.

الفصل الخامس: وهو الفصل التطبيقي من الرسالة، وقد تناولت فيه تطبيقات في مسائل من المعاملات المصرفية المعاصرة، فتناولت المسائل الفقهية الكبرى التي بنيت عليها أهم صيغ التمويل في المصارف، وأهم صيغ التمويل المستخدمة لدى المصارف الإسلامية حالياً، وبينت علاقتها بالحيل الفقهية وحكمها، مع توضيح كيفية معرفة وجود التحيل في التصرفات، ولتحقيق ذلك قمت بما يلي:

١- وضع قرائن لمعرفة إرادة التحيل من التصرف، لأن إنكار وجود قصد التحيل هو جزء من إشكالية معالجة "منهج التحيل"، ووضع هذه القرائن تنبه الفقيه الى وقوعه في منهج الحيل الفقهية .

٢ - وضع معايير للحكم على الحيلة التي مرجع الخلاف فيها ادعاء كل فريق أنه يريد بها تحقيق مقاصد الشارع، لذا اجتهدت في وضع المعايير المعينة لمن يريد الحكم على الحيلة، علماً بأنه هذه المعايير إنما تطبق على المسائل الواقعة في الزاوية الحرجة من مسائل الحيل .

٣ - قمت بتطبيق ما سبق على صيغ التمويل لدى المصارف الإسلامية، حيث طبقت عليها قرائن معرفة وجود التحيل، ومعايير جواز الحيلة الفقهية.

٤ - قد اقترح مخرجاً شرعياً بديلاً عن الحيلة المحرمة إن وجد في المسألة.

محاورة البحث:

ويمكن القول ان البحث قام على عدة محاور، بهذا التسلسل:

المحور الأول: تحديد الحيلة المختلف فيها بدقة، وتمييزها عن غيرها.

المحور الثاني: دراسة حكم الحيلة الفقهية من خلال النصوص الشرعية أولاً، ثم بالعرض على المقاصد الشرعية ثانياً.

المحور الثالث: دراسة علاقة الحيلة بالمصرفية الإسلامية وبالاقتصاد الإسلامي، وكيف يمكن أن تحقق تلك المصارف المقاصد الشرعية في المال.

المحور الرابع: تطبيق عملي على صيغ التمويل لدى المصارف الإسلامية، أو يمكن أن القول بأنه محاولة لتقريب فقه الحيل في النوازل بواسطة: وضع قرائن لمعرفة إرادة التحيل من التصرف أولاً، وبوضع معايير للحكم على الحيلة ثانياً، ثم تطبيق ما سبق على صيغ التمويل لدى المصارف الإسلامية.

شكر وتقدير

ولا يسعني في الختام إلا أن أتقدم بجزيل الشكر للمشرف الاستاذ الدكتور القاضي فوزي أدهم، وللأستاذ الدكتور عبدالفتاح كباره الذي تفضل بالتوجيه ثم مناقشة الرسالة، وللأستاذ الدكتور علي دحروج، رئيس لجنة المناقشة.

وكذلك الشكر الجزيل للدكتور هاني عبد الشكور على ماتفضل به من نصح وتوجيه، وللشيخ سليم الشنقيطي والأستاذ سمير الغاوي على جهدهما في مراجعة الرسالة.

هذا والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل، وصلى الله وسلم على سيدنا ونبينا محمد و على آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

الفصل الأول:

التعريف .. والحيل المتفق عليها

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الحيل الفقهية ونشأتها.

المبحث الثاني: أقسام الحيل عند الفقهاء.

المبحث الثالث: الحيل المحرمة اتفاقاً.

المبحث الرابع: الحيل الجائزة اتفاقاً أو المخارج الفقهية.

المبحث الأول

تعريف الحيل الفقهية ونشأتها

تناولت في هذا المبحث تعريف الحيل في اللغة ولدى الفقهاء، ثم نشأة الحيل وكيف تطور التأليف فيها وتوسع عبر القرون، ثم تناولت أسباب ظهورها.

المطلب الأول

تعريف الحيل الفقهية

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الحيل في اللغة:

الحيلة في اللغة: «الخدق وجودة النظر والقدرة على دقة التصرف»^(١).

والحيلة أيضا: الخدق في تدبير الأمور، وهو تقليب الفكر حتى يهتدي إلى المقصود^(٢). وهي أيضا كل ما يتلطف به لدفع المكروه أو جلب المحبوب، أي يترفق به، والحيلة نظيرة المراوغة. والحول: الحيلة، تقول ما أحول فلانا وإنه لذو حيلة. والاحتيال والمحاولة مطالبتك الأمر بالحيل، والحيلة اسم من الاحتيال، والحيل والحوال جمع حيلة، ورجل حول ذو حيل، وامرأة حولة. ويقال: هو أحول منك أي أكثر حيلة، وما أحوله، ويقال رجل حوالي: للجدد الرأي ذي الحيلة، واحتال من الحيلة وما أحوله و أحيله من الحيلة، وهو أحول منك وأحيل. وتحول الرجل و احتال إذا طلب الحيلة، ومن أمثال العرب: من كان ذا حيلة تحول^(٣).

(١) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، (ت ٧١١هـ)، لسان العرب، دار

الحدیث، القاهرة، مصر، د. ط، ٢٠٠٣ م، ج ١١/ ص ١٨٦.

(٢) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري (ت ٧٧٠هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير

لرافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٤ م، ص ١٥٧.

(٣) ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج ١١/ ص ١٨٦.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية^(١) (ت ٧٢٨هـ) موضحة غلبة هذا اللفظ على بعض استخداماته: «ثم غلبت بعرف الاستعمال على ما يكون من الطرق الخفية إلى حصول الغرض، وبحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفطنة، فإن كان المقصود أمراً حسناً كانت حيلة حسنة، وإن كان قبيحاً كانت قبيحة»^(٢).

الفرع الثاني: تعريف الحيل عند الفقهاء:

من الملاحظ عدم إيراد كثير من الفقهاء تعريفاً للحيلة الفقهية، ومن ذلك أنك لا تجد تعريفاً لها في كتاب المخارج في الحيل لمحمد بن الحسن الشيباني^(٣)، وكتاب إبطال الحيل لابن بطة العكبري^(٤) (ت ٣٨٧هـ)، وكتاب

(١) شيخ الإسلام ابن تيمية؛ تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، الحاراني الحنبلي، ولد في حران عام ٦٦١ هـ، عالم مجاهد، برع في العلوم الشرعية، وكانت له مواقف عظيمة أيام التتار، وله خصومات سجن لأجلها مراراً، ومات في سجنه رحمته الله. توفي سنة ٧٢٨ هـ.
انظر: القنوجي، صديق بن حسن (ت ١٣٠٧هـ)، أبجد العلوم، تحقيق: عبد الجبار زكار، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، ١٩٧٨م، ج ٣/ص ١٣٠؛ محمد حسن عقيل موسى، المختار المصون من أعلام القرون، دار الأندلس الخضراء، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م، ج ١/ص ٣٨.

(٢) ابن تيمية، شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم (ت ٧٢٨هـ) الفتاوى الكبرى، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، ج ٣/ص ١٩١.

(٣) ستأتي ترجمته ص ١٥ في الحاشية.

(٤) الإمام عبيد الله بن محمد بن محمد بن محمد العكبري، ابن بطة العقيلي الحنبلي، شيخ العراق، ولد سنة ٣٠٤ هـ، من مصنفاته: كتاب الإبانة الكبرى، توفي عام ٣٨٧ هـ.

انظر: الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان (ت ٧٤٨هـ)، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، ١٩٨٩م، ج ٦/ص ٥٢٩.

الخصاف^(١) (ت ٢٦١ هـ) في الحيل، وإنما تجد الخصاف قد أورد تعريفا واحدا من كلام الإمام الشعبي (ت ١٠٤ هـ)^(٢)، ونجد ابن نجيم الحنفي^(٣) (ت ٩٧٠ هـ) وقد أفرد للحيل بابا مستقلا في كتابه الأشباه والنظائر، وعدّ الحيل الفقهية أحد فنون الفقه الرئيسية التي تناوّلها في كتابه، لكنه مع ذلك اكتفى بإيراد التعريف اللغوي لها، ولم يتطرق للتعريف الفقهي.

أولاً: من أورد تعريفاً لشيء من أنواع الحيل:

إن الباحث يجد كثيراً من التعريفات التي تناوّلت أنواع الحيل المتفق على حكمها منعا أو جوازا، وهي ليست مدار الخلاف والنقاش بين الفقهاء في الحقيقة، لاتفاقهم في الجملة على حكمها، فيجد تعريفاً للحيلة بمعنى المخارج المتفق على جوازها، ويجد تعريفاً للحيلة التي اتفق على حرمتها. وهذان القسمان بلا شك ليسا هما المقصودين بالحيلة التي عليها مدار البحث، ومن أمثلة تلك التعريفات ما يأتي:

(١) أبو بكر، أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني، الخصاف، الحنفي، فرضي حاسب فقيه، كان ورعا يأكل من عمل يده، أخطأ في جواب مسألة فأوقف رجلا على الجسر في بغداد ينادي ثلاثة أيام يقول: ألا إن القاضي أحمد بن عمر الخصاف استفتني في مسألة كذا فأجاب بكذا وكذا، وهو خطأ، والجواب كذا وكذا، رحم الله من بلغها صاحبها. توفي ببغداد سنة ٢٦١ هـ.

انظر: ابن النديم، محمد بن إسحاق، (ت ٣٨٥ هـ)، الفهرست، دار المعرفة، بيروت، د. ط، ١٩٧٨ م، ص ٢٩٠؛ وعبد القادر بن أبي الوفاء القرشي (ت ٧٧٥ هـ)، طبقات الحنفية، الناشر: مير محمد كتب خانة، وكراشي، د. ط، د. ت، ص ٨٧.

(٢) عامر بن شراحيل بن عبد الشعبي، أبو عمرو الهمداني، من أعلام فقهاء التابعين، قال: أدركت خمسمئة من أصحاب النبي ﷺ، توفي عام ١٠٤ هـ انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٢٩٤.

(٣) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم، ولد بالقاهرة سنة ٩٢٦ هـ، فقيه مصري حنفي، من كبار الفقهاء، من مؤلفاته كتاب البحر الرائق شرح كنز الدقائق في الفقه، توفي سنة ٩٧٠ هـ. انظر: الزركلي، خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثامنة، ١٩٨٩ م، ج ٣/ ص ٦٤.

- ١- تعريف السرخسي^(١) (ت ٤٩٠هـ) فقد ذكر في تعريفها، أنها: «ما يتخلص به الرجل من الحرام، أو يتوصل به إلى الحلال». واتبع هذا التعريف بأن ما كان من هذا النوع من الحيل «فهو حسن». وقال في موضع آخر: «فلا بأس به». والسرخسي بهذا خصص التعريف في القسم الذي يرى جل الفقهاء جوازه.
- ٢- تعريف ابن القيم^(٢) (ت ٧٥١هـ) للحيل: «أن يُظهر قولاً أو فعلاً مقصوده به مقصود صالح، وإن كان ظاهره خلاف ما قصد به، إذا كانت به مصلحة دينية، مثل دفع الظلم عن نفسه، أو غيره، أو إبطال حيلة محرمة»^(٣). وهذا التعريف والذي قبله لا ينطبقان على الحيلة المشهورة.

ثانياً: من عرف الحيلة المشهورة لدى الفقهاء:

إن حقيقة الحيلة الفقهية التي عليها مدار البحث والنقاش لدى الفقهاء هي تلك التي عبر عنها الإمام الشاطبي^(٤) بقوله: «إن حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز

- (١) السرخسي؛ محمد بن أحمد بن أبي سهل الحنفي، شمس الأئمة، من كبار فقهاء الحنفية، له كتاب المبسوط من موسوعات الفقه الحنفي، أملاه وهو في السجن. توفي نحو سنة ٤٩٠هـ.
انظر: أبو الوفاء القرشي، طبقات الحنفية، مصدر سابق، ص ٢٨.
- (٢) ابن القيم؛ محمد بن أبي بكر ابن القيم، الدمشقي الحنبلي، ولد سنة ٦٩١هـ، تلميذ ابن تيمية ورفيقه في السجن، له المصنفات العديدة الشهيرة في شتى علوم الشريعة، توفي سنة ٧٥١هـ.
انظر: صديق القنوجي، أبجد العلوم، ج ٣/ ص ١٤٠؛ محمد حسن موسى، المختر المصون، ج ١/ ص ١٨٤.
- (٣) ابن القيم؛ محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، ج ١/ ص ٣٨٨.
- (٤) الشاطبي؛ إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، أصولي حافظ من أهل غرناطة، من أئمة المالكية، ممن أحيا وجدد علم المقاصد الشرعية، له في الأصول: الموافقات، والاعتصام. توفي سنة ٧٩٠هـ. انظر: الزركلي، الأعلام، ج ١/ ص ٧٥.

لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر^(١). وكل التعريفات للحيلة الفقهية تدور على ذلك، ومن ذلك ما عرفها به ابن تيمية، قال: «الحيلة: أن يقصد سقوط الواجب أو حل الحرام، بفعل لم يقصد به ما جعل ذلك الفعل له أو ما شرع^(٢). أي بفعل مباح لم يوضع لذلك. وكذلك تعريف ابن قدامة المقدسي^(٣) (ت ٦٢٠هـ) للحيلة قال: «هو أن يظهر عقدا مباحا يريد به محرما، مخادعة وتوسلا إلى فعل ما حرم الله واستباحة محظوراته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق ونحو ذلك»^(٤).

وكما أسلفنا فإن أفضل من عرفها تعريفا جامعا مانعا الإمام الشاطبي رحمه الله، قال: «التحليل بوجه سائغ مشروع في الظاهر أو غير سائغ، على إسقاط حكم أو قلبه إلى حكم آخر، بحيث لا يسقط أو لا ينقلب إلا مع تلك الوسطة، فتفعل ليتوصل بها إلى ذلك الغرض المقصود، مع العلم بكونها لم تشرع له»^(٥).

وقد اتبع الشاطبي تعريفه بقوله: «فكأن التحليل مشتمل على مقدمتين: إحداهما: قلب أحكام الأفعال بعضها إلى بعض في ظاهر الأمر.

(١) الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (ت ٧٩٠هـ) الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٧٥هـ، ج ٢/ ص ٢٠١.

(٢) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٠٩.

(٣) ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد الجماعلي الصالحي الحنبلي، ولد في جماعيل قرب نابلس سنة ٥٤١هـ، من كبار فقهاء الحنابلة ومن محققي المذهب، له كتاب المغني في الفقه، من موسوعات الفقه المقارن، توفي سنة ٦٢٠هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج ٢٢/ ص ١٦٥.

(٤) ابن قدامة؛ موفق الدين عبدالله بن أحمد المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، المغني، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٨٥م، ج ٤/ ص ٥٦.

(٥) المصدر نفسه، ج ٢/ ص ٣٧٨.

والأخرى: جعل الأفعال المقصود بها في الشرع معان وسائل إلى قلب تلك الأحكام». ويورد الشاطبي التعريف بأسلوب آخر أكثر تفصيلاً، قال: «وذلك أن الله تعالى أوجب أشياء وحرم أشياء، إما مطلقاً من غير قيد ولا ترتيب على سبب...، وأوجب أشياء مرتبة على أسباب، وحرم أخرى كذلك...، فإذا تسبب المكلف في إسقاط ذلك الوجوب عن نفسه، أو في إباحة ذلك المحرم عليه، بوجه من وجوه التسبب حتى يصير ذلك الواجب غير واجب في الظاهر، أو المحرم حلالاً في الظاهر أيضاً، فهذا التسبب يسمى حيلة وتحيلاً!»^(١).

تعريف بعض الفقهاء المعاصرين للحيلة:

١- عرفها من الفقهاء المعاصرين العلامة الطاهر بن عاشور رحمته الله، فقد عرف الحيل بأنها: «إبراز عمل ممنوع شرعاً في صورة عمل جائز، أو إبراز عمل غير معتد به شرعاً في صورة عمل معتد به لقصد تفصيلي من مؤاخذته»^(٢).

٢- ومن المعاصرين أيضاً عرفها الدكتور البوطي رحمته الله بأنها: «قصد التوصل إلى تحويل حكم لآخر بواسطة مشروعة في الأصل». وفصل الدكتور البوطي بأن الحيلة: «في ظاهرها ليست إلا تذرعا إلى تغيير الحكم الشرعي، بواسطة تغيير في الألفاظ أو تصرف بظاهر العقود، بقطع النظر عن جوهر المصالح والمفاسد المترتبة عليه».

وبين أنه خرج بقيد: القصد، ما لو تم الأمر بغير قصد، وخرج بقيد: واسطة مشروعة ما لو كانت الوسطة غير مشروعة، كما لو أفطر في رمضان بالأكل ثم جامع زوجته

(١) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٧٩.

(٢) انظر: ابن عاشور؛ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الميساوي، البصائر للإنتاج العلمي، الطبعة الأولى، ١٩٩٨ م، ص ٢٥١.

ليتهرب من كفارة الجماع في نهار رمضان، وخرج بقيد الأصل: إلى أن العبرة في الوسطة جواز الأخذ بها بحد ذاتها بقطع النظر عن التوصل بها إلى تبديل حكم شرعي^(١).

ثالثاً: التعريف المختار للحيلة:

يبرز تعريف الإمام الشاطبي رحمه الله كأفضل تعريف للحيلة، حيث وضع لها حداً يكاد يكون جامعاً مانعاً لها، فالجامع ما يجمع كل المعاني، والمانع ما يمنع دخول أي معنى آخر. وقد عرفها بأنها: التحيل بوجه سائغ مشروع في الظاهر أو غير سائغ، على إسقاط حكم أو قلبه إلى حكم آخر، بحيث لا يسقط أو لا ينقلب إلا مع تلك الوسطة، فتفعل ليتوصل بها إلى ذلك الغرض المقصود، مع العلم بكونها لم تشرع له^(٢).

أركان التعريف الذي أورده الإمام الشاطبي:

يعد تعريف الشاطبي جامعاً مانعاً لمفهوم الحيلة الفقهية لاشتماله على المعاني التالية:

١- إن واسطة التحيل قد تكون سائغة شرعاً أو غير سائغة، والتعريف بهذا التعميم لوسائل الحيل أدخل أقسام الحيل الثلاثة في معنى الحيلة، وكون الحيلة فقهية يعني أنه استخدمت فيها وسيلة أو أداة مستنبطة من الفقه الشرعي، أما حكمها فهو أمر آخر.

ومن ذلك جرى تقييد الحيلة الفقهية بقيد الوسيلة الشرعية، وبهذا يخرج القسم الذي فيه الوسيلة محرمة، وهو ما سنبينه لاحقاً عند حديثنا عن هذا النوع من الحيل.

(١) د. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت،

الطبعة الرابعة، ١٩٨٢ م، ص ٢٩٤ و ٢٩٦.

(٢) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٧٨.

٢- المقصود بالحيلة تغيير الحكم الشرعي الأصلي إلى حكم آخر وبهذا يكون التعريف الفقهي للحيلة أخص من التعريف اللغوي والعرفي للحيل، لأن الحيل الفقهية تختص بالأحكام الشرعية ولا علاقة لها بالأحكام الدنيوية.

٣- إن وسيلة الحيلة لم توضع لقلب الحكم وإنما لغايات أخرى، لكن استخدمت هنا لقلب الحكم، لذا كان جانب الفطنة والدهاء في الحيلة هو استخدام الفقيه العالم بالأدلة الشرعية لهذه الوسائل لتغيير الأحكام، وبهذا تخرج الحيل التي لا يقصد منها تغيير الحكم، لأنها إلى المخارج الشرعية أقرب من كونها حيلاً فقهية.

٤- إن نتيجة هذه الحيل إما أن تكون مخرجا للمكلف من حرج وقع فيه، وإما لتعطيل حكم شرعي ثابت، أو لتحصيل واستيفاء حق له.

٥- ينبغي ملاحظة أن وصفها بالحيل الفقهية أدق من وصفها بالحيل الشرعية، إذ وصفها بالفقهية لا يقتضي حلاً أو حرمة، وإنما يقتضي أن الوسيلة هي من قبيل مسالك الفقهاء، أما التعبير عنها بالحيل الشرعية فهذا يضيق مجالها في الحيل التي اتفق على حلها فقط، وهو أمر لا يكاد يتفق عليه. وهذا مما قد لا ينتبه إليه بعض الباحثين، فإنه بوصفه لها بأنها حيل شرعية يقرر ابتداء الحكم الشرعي لها.

وسنبين أن إطلاق مصطلح الحيلة الفقهية في حقيقة الأمر يقصد به الحيل التي وسيلتها مباحة والقصد منها تغيير الحكم الشرعي، وستتناول هذا الموضوع بالتفصيل في الفصل الثاني عند الحديث عن الحيلة الفقهية المشهورة التي وقع فيها خلاف الفقهاء.

المطلب الثاني

النشأة وأطوار التأليف في الحيل

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: ظهور الحيل :

أولاً: بدء ظهور الحيل الفقهية:

بدأ ظهور الحيل الفقهية في أواخر عهد التابعين رضي الله عنهم، وظهرت بقسميها المتفق على بطلانه وتحريمه، والقسم المتفق على جوازه وحله، أي بشكلها البسيط والواضح في حكمه، أي كان ذلك الحكم. بل وحتى مصطلح الحيلة لم يظهر إلا آنذاك، فلا تجد أن الفقهاء والمفتين قبل ذلك العهد يستخدمون مصطلح الحيلة في دروسهم وفتاواهم، فحتى ذلك الوقت لم يكن هناك تداول واسع للحيل^(١).

ثانياً: مرحلة ما قبل تخصيص الحيل بكتب مستقلة:

إن مرحلة ما قبل تخصيص الحيل الفقهية بكتب مستقلة اشتهرت فيها الحيل التي كان يفتي بها الإمام أبو حنيفة رحمته الله (ت ١٥٠هـ)؛ فإن أول ما تم نقله من الحيل والمخارج الفقهية ما نقل من حيل ومخارج كان يفتي بها الإمام أبو حنيفة رحمته الله، حيث اجتمع له الفقه وحدة الذكاء؛ فكان يفتي بها لمن يستفتيه في المخارج وقت الضيق. وقد نقلها عنه تلامذته ووصلنا الشيء الكثير منها، ومثاله قصة الرجل الذي أتاه ليلاً فقال: أدركني قبل الفجر، وإلا طلقت زوجتي، فإن امرأتي تركت الليلة كلامي، فقلت لها: إن طلع الفجر ولم تكلميني فأنت طالق ثلاثاً، وقد توسلت إليها بكل أمر أن تكلمني فلم تفعل. فقال أبو حنيفة: اذهب، فمر المؤذن أن يؤذن قبل الفجر، فعلمها إذا سمعته كلمتك، واذهب إليها، فناشدها أن تكلمك قبل أن يؤذن. ففعل الرجل، وجعل يناشدها، وأذن المؤذن. فقالت:

(١) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٦٤.

طلع الفجر وتخلصت منك، فقال: بل كلمتني قبل الفجر وتخلصت من اليمين^(١).
ومعظم حيل الإمام أبي حنيفة تدور على مخارج لمآزق، وهذا يتوافق مع تعريفهم
للحيلة في ذلك العصر أنها مخارج للمآزق.

ولم يثبت عن الإمام أبي حنيفة أنه جمعها في مؤلف واحد أو في كتاب، بل كانت مسائل
متناثرة في الكتب أو في الأبواب الفقهية، لكن من أتى بعده قاموا بجمع تلك المسائل
المتناثرة في الأبواب الفقهية وبدأ عهد تخصيص الحيل بكتب مستقلة^(٢).

الضلع الثاني: الأطوار التي مر بها التأليف في الحيل عند الحنفية:

إن فقهاء المذهب الحنفي هم من أولى فقه الحيل والمخارج الاهتمام، خصوصا في
تطبيقاته العملية في الفروع، لذا فإن دراسة تطور التأليف في الحيل تعني بالضرورة دراسة
كتب الحنفية في الحيل، أما الشافعية فكانوا أقل اهتماما وتدوينا في الحيل، وهذا شيء ظاهر
من خلال قلة تدوينهم في مسائل الحيل.

ولتوضيح التطور الذي حدث في المذهب الحنفي في التأليف في الحيل سنقارن بين
ثلاثة من أهم كتبهم في الحيل، وستمتد المقارنة لمرحلة زمنية تبلغ ثلاثة قرون، تبدأ من
محمد ابن الحسن المتوفى في القرن الثاني الهجري وتنتهي عند السمرقندي المتوفى في القرن
الخامس الهجري.

الطور الأول في التأليف: كتاب محمد بن الحسن الشيباني رحمته الله:

أكثر الفقهاء على أن أول من ألف أو جمع من الحنفية كتابا خاصا في الحيل الفقهية هو

(١) محمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩هـ)، المخارج في الحيل، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة د.ط.

د.ت، ص ١٣٥.

(٢) السمرقندي؛ سعيد بن علي الحنفي (ت ٥٠٠هـ)، جنة الأحكام وجنة الخصام في الحيل والمخارج،

دار صادر، تحقيق د. صفوة كوسة و د. إلياس قبلان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥ م، ص ٢٣.

محمد بن الحسن الشيباني^(١) (ت ١٨٩ هـ)، تلميذ أبي حنيفة رحمه الله، واسم كتابه: "المخارج في الحيل"، ويعد من أول الكتب في هذا الفن، وهو أقدم الكتب التي وصلتنا، وكتابه نقل للمسائل المروية في الحيل عن الإمام أبي حنيفة، وعن الإمام أبي يوسف يعقوب^(٢) (ت ١٨٢ هـ) صاحب أبي حنيفة، وشيخ محمد بن الحسن بعد وفاة أبي حنيفة، وفيه أيضا الحيل التي يقول بها محمد بن الحسن، لكن جل الكتاب منقول عن أبي يوسف رحمهم الله جميعا.

وقد أنكر بعض الحنفية نسبة الكتاب لمحمد بن الحسن، لكن الصحيح الذي رجحه شمس الأئمة السرخسي وغيره أنه من تأليفه^(٣). ومن طالع الكتاب لا يجد فيه ما يبرر نفيه عن محمد بن الحسن رحمهما الله، إلا إذا كان النفي لالتباس أو زيادة أدخلها البعض في الكتاب مما لم يدونه الإمام محمد بن الحسن رحمهما الله، خصوصا وأن كتب الحيل المستهجنة كانت تؤلف من مجهولين وتنسب لأئمة الحنفية، فلعل هذا الذي دعا بعض علماء الحنفية إلى نفي صحة نسبة الكتاب إلى محمد بن الحسن، وقد برروا نفيهم ذلك بأن الجهال

(١) محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، فقيه العراق وصاحب أبي حنيفة رحمه الله، ولد سنة ١٣٢ هـ، تتلمذ على أبي حنيفة ثم على صاحبه أبي يوسف من بعده، وأخذ عن مالك الموطأ، وأخذ عنه الإمام الشافعي، توفي بالري سنة ١٨٩ هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج ٩/ ص ١٤٠؛ أبو الوفاء القرشي، طبقات الحنفية، مصدر سابق، ص ٤٢.

(٢) أبو يوسف؛ يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، الأنصاري الكوفي، قاضي القضاة، صاحب أبي حنيفة، وهو المقدم في طلابه، ولد سنة ١١٣ هـ، قال ابن معين: ما رأيت من أصحاب الرأي أثبت في الحديث من أبي يوسف. أ. هـ، قال أبو يوسف: صحبت أبا حنيفة سبع عشرة سنة. أ. هـ. توفي سنة ١٨٢ هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج ٨/ ص ٥٣٥؛ أبو الوفاء القرشي، طبقات الحنفية، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

(٣) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ٣٠/ ص ٢٠٩.

ينسبون تلك الكتب إلى علماء المذهب على سبيل التعيير، فعليه لا يُظن أن يؤلف محمد بن الحسن كتابا ويسميه كتاب الحيل، والمتبع للحيل التي أوردها محمد ابن الحسن في كتابه يجدها من المخارج الشرعية في مجملها، ومنهج واضح في أنها مخارج من المأزق، فلا تجد فيها شيئا من الحيل المحرمة اتفاقا، مع وجود الحيل التي اختلفت في حكمها، فالكتاب على اسمه مخارج فقهية، وفي الجملة لا تجد الحيل التي استنكرها العلماء لمخالفتها الواضحة للنصوص وللمقاصد الشرعية، ويصدق في كتاب محمد بن الحسن رحمته الله ما قاله السرخسي: «إن الحيل المخرجة في الأحكام عن الإمام جائزة عند جمهور العلماء»^(١).

منهج محمد بن الحسن في الحيل :

ويظهر جليا أن منهج محمد بن الحسن الشيباني لم يكن متساهلا في باب الحيل، بل كان يتشدد و يضيّق بابها، ومن المسائل التي تظهر تشدده ؛ ثلاث مسائل من كبريات مسائل الحيل التي منع فيها محمد بن الحسن التحيل، وهي:

١- مسألة بيع العينة، للتحيل على استحلال الربا، و قال فيها محمد بن الحسن : «هذا

البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا»^(٢).

٢- مسألة نكاح التحليل، حيث لا يجيز التحليل بعقد النكاح الذي يصرح به بإرادة

التحليل^(٣).

٣- الحيل في الشفعة، وذكر من أسباب المنع معارضتها لمقاصد الشريعة، و سدها لهذا

(١) السرخسي، المبسوط، ج ٣٠ / ص ٢٠٩.

(٢) ابن عابدين ؛ محمد أمين بن عمر (ت ١٢٥٢ هـ)، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر،

الطبعة الثانية، ١٩٦٦، ج ٥ / ص ٢٧٣.

(٣) انظر: محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مصدر سابق، ص ٥٥.

الباب من الشرع بالكلية^(١).

وسياتي لاحقا تفصيل رأي محمد في هذه المسائل، ولعل تشدده في هذه الأبواب من الحيل، هو الذي دفع بعض الحنفية إلى نفي كتاب الحيل عنه^(٢). ويمكن القول أن منهج محمد بن الحسن في الحيل يمثل منهج محققي الحنفية في الحيل في الجملة، وسياتي لاحقا ما يبين اختيارهم لآراء محمد بن الحسن في حكم مسائل الحيل الفقهية عند الخلاف.

الطور الثاني في التأليف لدى الحنفية: كتاب الخصاص:

ثم جاء بعد محمد بن الحسن بأقل من قرن من الزمان أبو بكر محمد بن عمر الخصاص الحنفي (ت ٢٦١هـ)، وألف كتابه في الحيل ويسمى: كتاب الخصاص في الحيل، وهو أكبر من كتاب محمد بن الحسن ولا شك، ومسائله أكثر، وأورد حيلاً في أبواب من الفقه لم يذكر فيها محمد بن الحسن شيئاً من الحيل، ككتاب الزكاة وكتاب الغصب^(٣). وتجد التوسع الكمي أيضاً في عدد الحيل في كل باب فقهي لاختلاف العصر، ووقوع النوازل والحوادث، وتغير حال الناس أيضاً.

ويدور كتاب الخصاص في الجملة على المخارج الفقهية الجائزة مثل كتاب محمد بن الحسن، وإن كان احتوى أيضاً على القسم الذي اختلف فيه الفقهاء، ولكن بتوسع أكبر،

(١) انظر: الكاساني؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، (ت ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي معوض وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م، ج ٦/ص ١٧٢.

(٢) ليس هناك كتاب لمحمد بن الحسن في الحيل في باب الشفعة مخالف لما سبق مما نقله عنه فقهاء الحنفية، فلعل هذا وغيره مما جعل البعض ينفي صحة نسبة الكتاب له. انظر: محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مصدر سابق، ص ٨٠.

(٣) انظر: الخصاص، أحمد بن عمرو، أبو بكر الشيباني (ت ٢٦١هـ)، كتاب الحيل، مكتبة القاهرة، مصر، د.ط، ١٣١٤هـ، ص ٣٩ و ٩٤.

ومن ذلك توسعه في كتاب الأيمان، فأطال في ذكر المخارج المتعددة لكل يمين وحلف، وزاد في بداية كتابه بأن أورد بعض المناقشات المتعلقة بحكم الحيل والاستدلال عليها ومناقشة المخالفين بشكل موجز.

ويشترك كتاب محمد بن الحسن مع كتاب الخصاص في أنها ليس فيهما الحيل الشيعية التي سبق وأوردنا إنكار السلف عليها، فلم ينقل شيء منها في هذين الكتابين. وخلاصة المقارنة بين الكتابين أن كتاب الخصاص فيه توسع أكثر في إيراد الحيل الفقهية، إلا أن الحيل المذكورة في كتابه معدودة في جملة الحيل التي اختلف الفقهاء في حكمها.

الطور الثالث في التأليف لدى الحنفية: كتاب السمرقندي في الحيل:

بعد وفاة الخصاص بقرنين ونصف من الزمان نجد طورا جديدا للتدوين في الحيل لدى الحنفية، حيث صنف سعيد بن علي السمرقندي المتوفى قريبا من سنة ٥٠٠ هـ^(١) كتابه المسمى: "جنة الأحكام وجنة الخصام، في الحيل والمخارج". ولقد جمع فيه السمرقندي العديد من الحيل على الأبواب الفقهية، ويظهر للقارئ فيه أن المدة بينه وبين الخصاص أوجدت تغيرا كميا ونوعيا في نوع الحيل الفقهية، والتغير الكمي واضح في عدد الحيل في

(١) سعيد بن علي السمرقندي، لم أجد له ترجمة، ومثل ذلك ذكر د. صفوة كوسة محقق كتاب السمرقندي في الحيل: أنه ليس لديه معلومات عن المؤلف. وذكر د. صفوة: أن آخر من نقل عنهم في كتابه الحيل شمس الأئمة السرخسي المتوفى سنة ٤٨٣ هـ، فتكون وفاته قريبا من سنة ٥٠٠ هـ. ا.هـ، وقد ذكر مصطفى الرومي كتاب السمرقندي هذا في كشف الظنون، ونسبه إليه باسم: "جنة الأحكام وجنة الخصام في الحيل". انظر: د. صفوة كوسة وزميله، مقدمة تحقيق كتاب السمرقندي، جنة الأحكام وجنة الخصام، ص ٩؛ مصطفى بن عبدالله القسطنطيني الرومي (ت ١٠٦٧ هـ)، كشف الظنون، دار الكتب العلمية د.ط، بيروت، ١٩٩٢م، ج ١/ ص ٦٠٦.

كل باب، فكتابه أوسع من كتب من سبقه بكثير، وضم إليه فوائد ومسائل فقهية عديدة، وحوى المسائل التي تناولها محمد بن الحسن والخصاف وزاد عليها كثيرا، خصوصا مسائل الحيل التي استحدثت خلال القرنين الفاصلين بينه وبين الخصاف.

ومن الملاحظ على منهج السمرقندي في كتابه أنه سلك منهجا متساهلا في إيراد الحيل التي لا يرى جوازها جل القائلين بالحيل، بل وينكرها علماء المذهب الحنفي الذي ينتمي إليه السمرقندي نفسه! وأنوه أيضا أن السمرقندي نفسه قد يعلق على الحيلة بعد إيرادها بما يفيد عدم اعتباره بما ينتج عن هذه الحيلة^(١)، لكنه كذلك قد يورد الحيلة المستنكرة ولا يعلق عليها.

عدم تمثيل كتاب السمرقندي للمذهب الحنفي في الحيل:

ولا يمكن القول إن كتاب السمرقندي يمثل المذهب الحنفي في الحيل، حيث إن الحيل التي يوردها لا يوافقها عليها محققو المذهب الحنفي، بل وقد ينكرونها، ولا يكفي افتاء بعض الفقهاء المنتسبين للمذهب الحنفي بالحيلة في أننا ننسب فتواهم للمذهب. وعلى هذا فإن كتاب السمرقندي يُعد موسوعة جمعت مسائل الحيل التي كانت تتناقل في ذلك الزمان، ولهذا قيمة علمية كبرى في توثيق مسائل الحيل، لكنه لا يعبر عن المفتى به والمعتمد في المذهب الحنفي.

الحيل التي ذكرها الإمام السرخسي في كتابه المبسوط

كما يجدر ذكره أن الإمام السرخسي (ت ٤٨٣هـ) قد جمع الحيل في باب مستقل في كتابه الكبير المبسوط، فلم تكن مصنفا مستقلا وإنما جزءاً من كتاب، وجلّ تلك الحيل لا تخرج عن الحيل التي أوردها محمد بن الحسن والخصاف، علما بأن حيل السرخسي من مصادر السمرقندي في كتابه.

(١) كما في تعليقه على مسألة التحيل ببيع الخمر بتوكيل ذمي يبيعه له، انظر: السمرقندي، جنة الأحكام وجنة الخصام، مصدر سابق، ص ٥٦.

ملخص ماسبق:

يعد كتاب محمد بن الحسن هو الأقرب لتمثيل مذهب الحنفية في الحيل، ثم يأتي بعده كتاب الخصاف، أما كتاب السمرقندي فقد حوى العديد من الحيل التي يفتي بها فقهاء الحنفية وغيرهم لكنها لا تمثل المذهب الحنفي، وإنما تمثل آراء من أفتى بها، وسيأتي خلال البحث الكثير من مسائل الحل التي أنكرها فقهاء الحنفية.

الفرع الثالث: مقارنة لتوضيح التوسع التدريجي في الحيل عند الأحناف:

لفهم التوسع والتطور الذي تم في الحيل خلال ثلاثة قرون تقريباً، درست وقارنت هذه الموضوعات ؛ أولاً: الحيل التي في كتاب الزكاة، وثانياً: الحيل التي لم يوردها المصنفون الأوائل، وهذا كشاهد لما نريد تأكيده من وقوع التوسع والتساهل في التأليف في الحيل عند المتأخرين. وقد قمت بالمقارنة بين ثلاثة من أهم الكتب لدى مذهب الحنفية في هذا الفن، وهي كتب: محمد بن الحسن و الخصاف و السمرقندي.

أولاً: مقارنة بين الكتب الثلاثة في مسائل الحيل الواردة في كتاب الزكاة

لفهم التوسع والتطور درست الحيل الواردة في كتاب الزكاة لدى الفقهاء الثلاثة، فنجد أن محمد بن الحسن رحمته الله لم يذكر أي حيل في الزكاة. أما الخصاف فقد أورد باباً لحيل الزكاة، لكن ما أورده هو من الحيل الجائزة، أو هي من جنس المخارج الحسنة، ومن تلك المسائل: مسألة رجل عليه زكاة فأراد أن يعطي منها في كفن ميت، هل يجزئه ذلك؟ قال: لا، ولكن يهب لأهل الميت من زكاته ماشاء، ويقول هذا صدقة عليكم، فإن أرادوا أن يكفونوا ميتهم فذاك إليهم^(١).

أما السمرقندي فقد أورد باباً في حيل الزكاة، وأورد فيه حيلاً للتهرب من أدائها، ومن ذلك مسألة من كانت له ماشية وأراد أن لا تجب الزكاة فيها، فالحيلة فيها أن يبيعه

(١) الخصاف، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ٩٤.

بخلاف جنسها أو بجنسها قبل الحول، فيبطل حكم الحول^(١). وهذا توسع نوعي كبير في التحيل متى قارناه بحيل محمد بن الحسن، وحيل الخصاص! رحمهم الله جميعا.

ثانيا: أمثلة على التوسع في نقل وإيراد الحيل المستنكرة:

لقد سبق ذكر أن التوسع في الحيل المستنكرة ظهر في كتاب السمرقندي فقط، وللتمثيل على ذلك التوسع المستجن أورد بعض الحيل لدى السمرقندي في كتابه، والتي لم يوردها - أو حتى - لم يُشر إليها محمد بن الحسن أو الخصاص:

١- الحيل التي فيها تعليم للسراق ما يدرؤون به الحد عن أنفسهم: فقد أورد عدة حيل كلها تدور على هذا الموضوع، والأسوأ أنه أورد حيلة تدرأ عن السراق القطع ابتداء، ثم ذكر الحيل التي تدرأ عنهم القطع بعد ثبوته!^(٢).

ولا يخفى شناعة إيراد حيل تعين السراق على التخلص من الحدود الشرعية، وتزيد من جرأتهم على الاعتداء على الناس، ولا شك أن مجرد حكايتها وإشاعتها أمر ينبغي التحرز منه، علما أن تلك الحيل بنيت على قول في مذهب الحنفية^(٣)، والراجح في مذهب الحنفي خلافة، فحرفها البعض وقلبها إلى حيلة ونسبها للمذهب الحنفي وهو منها براء^(٤).

٢- حيل في بيع المحرم كالخمر؛ فقد أورد حيلة في ذلك بأن يوكل ذميا في البيع، علما بأن السمرقندي قد علق على المسألة بأن ثمنها لا يطيب للمسلم وأنه يتصدق به^(٥).

(١) انظر: السمرقندي، جنة الأحكام وجنة الخصام، مصدر سابق، ص ٣٦.

(٢) المصدر نفسه، ص ٢٧١.

(٣) سيأتي لاحقا بيان كيفية تركيب الحيل الفقهية.

(٤) المرغيباني، علي بن أبي بكر الحنفي (ت ٥٩٣هـ) الهداية شرح البداية، المكتب الإسلامي، بيروت،

د.ط، د.ت، ١٢٤/٢.

(٥) السمرقندي، جنة الأحكام وجنة الخصام، مصدر سابق، ص ٥٦.

٣- الحيل المتنوعة التي تجرّئ المسلم على المحرمات، فحيلة لأكل المال الحرام لمن لديه مال من شبهة أو حرام، ولا يريد الأكل منه، فالحيلة أن يشتري طعامه وشرابه بالدين ثم يؤدي من هذا المال المحرم لسداد دينه^(١).

٤- حيلة للتحايل على الربا الصريح، لمن له دين وتأخر الغريم في السداد، ويريد أخذ زيادة مقابل تأخره، فالحيلة في ذلك أن يتحيل بمبيعات صورية، بأن يشتري الدائن شيئاً ويبيعه للمدين آجلاً بأكثر من ثمنه، ليتحقق له الزيادة التي يريد، ثم يعيد له هذا الشيء مقابل الدين القديم.

ولا يخفى قصد التحيل على الربا في الحيلة^(٢).

الفرع الرابع: كتاب القزويني الشافعي في الحيل:

كتاب: محمود القزويني الشافعي^(٣) (ت ٤٤٠هـ)، وهو الكتاب الوحيد الذي وصلنا للشافعية في الحيل.

أولاً: حجم كتاب القزويني ومنهجه في تقسيم الكتاب:

هو كتاب صغير الحجم، يقع في ستين صفحة، مكتوبة بخط اليد^(٤)، ومجموع الحيل التي ذكرها لا تتجاوز ٢٣٨ حيلة.

(١) السمرقندي، جنة الأحكام وجنة الخصام، مصدر سابق، ص ٦٣.

(٢) المصدر نفسه، ص ٥٨.

(٣) القزويني؛ محمود بن الحسن الطبري الشافعي، عاش في آمل بطبرستان، من شيوخه أبو بكر الباقلائي. والقزويني من شيوخ الإمام أبي إسحاق الشيرازي الشافعي، توفي في آمل بطبرستان سنة ٤٤٠هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج ١٨/ ص ١٢٨؛ ابن قاضي شبهة، أبو بكر بن أحمد بن محمد (ت ٨٥١هـ)، طبقات الشافعية، تحقيق: د. الحافظ عبدالعليم خان، عالم الكتب، بيروت، د.ط، ١٤٠٧هـ، ج ٢/ ص ٢١٨.

(٤) القزويني؛ أبو حاتم محمود بن الحسن (ت ٤٤٠هـ)، الحيل في الفقه، تحقيق: يوسف شخت، د.ط، د.م، ١٩٢٤م.

وقد قسّم الحيل حسب حكمها الشرعي، وهو بهذا يختلف عن طريقة الأحناف تماماً، من حيث التقسيم لديهم على الأبواب الفقهية، قال القزويني في المقدمة: «الحيل على ثلاثة أضرب: محظور ومكروه ومباح»^(١).

ثانياً: ترتيب أبواب كتاب القزويني :

وقد رتب القزويني كتابه حسب حكم الحيلة، كما يأتي:

- ١- بدأ بباب الحيل المحظورة، وأورد في باب الحيل المحرمة أربع عشرة حيلة.
- ٢- ثم باب الحيل المكروهة، وفي باب الحيل المكروهة أورد أربع حيل فقط.
- ٣- ثم باب الحيل المباحة، أورد سبعة وثمانين حيلة.
- ٤- ثم الباب الرابع مشتمل على جميع أنواع الحيل، وفي الباب المشتمل على أنواع الحيل أورد ما يقارب ثلاث عشرة ومئة حيلة.
- ٥- والباب الخامس في الحيل المتعلقة بالسائلين، أورد ما يقارب العشرين حيلة.

ثالثاً: منهجه في إيراد المسائل:

ذكر القزويني أن قصده الاختصار، فغرضه من الكتاب ذكر الأمثلة والأقسام لا عدد المسائل، فإنها -أكثر من أن تحصى^(٢)، وذكر في خاتمة الكتاب أنه إنما ذكر اليسير من الحيل، ثم قال مبيناً كفاية ذلك لأهل الفقه: «وهذا القدر إشارة إلى مثالها لمن كان فقيهاً فيتنبه به لأمثالها»^(٣).

رابعاً: ملاحظات المستشرق شخت :

كتب يوسف شخت محقق الكتاب مقدمة باللغة الألمانية لكتاب القزويني، وقد اشتملت هذه المقدمة على مقارنة بين كتاب القزويني وكتاب الخصاف، من أهم ما فيها:

(١) القزويني، الحيل، مصدر سابق، ص ٢.

(٢) المصدر نفسه، ص ٥٢.

(٣) المصدر نفسه، ص ٥٩.

- ١- إن كتاب القزويني أقل نضجاً من كتاب الخصاص، وأنه مقلد للأحناف في كتابه.
 ٢- إن حيل الخصاص والحنفية في العموم حيل عملية أكثر من الحيل التي يذكرها القزويني^(١).

ويظهر لمن يقرأ كتاب القزويني أنه سار على منهج فقهاء الشافعية في عدم الاهتمام البالغ بموضوع الحيل، فإن مجموع الحيل في كتابه لم تتجاوز ٢٣٨ حيلة فقط، وهذا العدد لا يذكر إذا قورن بالحيل في كتاب السمرقندي مثلاً، لذا قد تكون ملاحظة شخت صحيحة بهذا الاعتبار.

المطلب الثالث

أسباب ظهور الحيل

لا شك أن الحيل الفقهية وإن شئت قلت: منهج التحيل الفقهي، لأنه أدق في التعبير عن هذا الفكر الفقهي الطارئ على هذا العلم، كان له أسباب وبواعث ساهمت في وجوده لدى طائفة من الفقهاء على مر القرون، وكلما قويت تلك الأسباب والبواعث كلما زاد ظهور فقه التحيل في أوساط الفقهاء، وأتناول هنا أهم أسباب ظهور وبروز هذا الفكر أياً كانت مخرجاته، بجميع أنواعها وأقسامها، فأهم الأسباب:

أولاً: التخلص من الشدائد:

إن بدء الفتوى بالحيل كانت للخروج من الضيق أو الحرج، ولا شك في جواز المخارج الشرعية المتفق على جوازها، ومن الأمثلة للمخارج الجائزة من الشدائد ما ذكرناه سابقاً في قصة الرجل الذي حلف على زوجته بالطلاق أن تكلمه قبل طلوع الفجر، وذكرنا حيلة

(١) نقلاً عن د محمد بن إبراهيم، إذ إن مقدمة شخت باللغة الألمانية، وذكر د محمد: أنه ينقل من ترجمة

لها إلى اللغة العربية. انظر: د. محمد بن إبراهيم، الحيل الفقهية، الدار العربية للكتاب، د. ط، د. م،

١٩٨٣ م، ص ٤٩.

أبي حنيفة في المسألة بأن أمر المؤذن أن يؤذن قبل الفجر، فكلمته المرأة، فقالت: طلع الفجر وتخلصت منك، فقال: بل كلمتني قبل الفجر وتخلصت من اليمين^(١). ولا نزاع في مثل هذه الحيلة للتخلص من المأزق، لكن النزاع أن يتصدى المفتي لكل مأزق ويحاول أن يخرج منه صاحبه حتى لو كان بحيلة محرمة، والأصل في المفتي أن يسعى أولاً لتخليص نفسه من مسؤولية الفتوى قبل أن يفكر في المستفتي، لذا كانت الوصية منهم لتلاميذهم: «إذا سألك الرجل عن مسألة فلا تكن همتك أن تخلصه، ولكن تكن همتك أن تخلص نفسك»^(٢). وهذا هو المنهج السليم، بأن تكون الفتوى مخرجا للمستفتي، لكن متى كان الأمر ممكنا شرعا.

ثانياً: الاحتياط لحفظ الحقوق؛

لما ضعفت الأمانة عند الناس خرج من بينهم من يطلب الحيل بقصد عدم الوفاء بالعقود والاتفاقات، فتصدى لهؤلاء من يعمل الحيل التي تعاكس حيلهم الممنوعة وتضيق عليهم باب الحيل التي يقصد بها إضاعة الحقوق، وهنا صارت الحيل الفقهيّة باباً لزيادة التحوط في حفظ الحقوق، مثل لو خافت المرأة أن يتزوج عليها زوجها، فالحيلة أن تشرط في العقد أنه متى تزوج عليها فأمرها - أي عصمتها - بيدها، إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقتة^(٣). وهذا الأمر وإن سمي حيلة، إلا أنه لا يعدو كونه احتياطاً في حفظ الحقوق. والذي ينبغي ذكره هنا أن مبالغة البعض في إيراد هذه التحرزات من الحيل

(١) انظر: محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مصدر سابق، ص ١٣٥.

(٢) ابن بطة؛ عبيد الله العقيلي (ت ٣٨٧هـ)، إبطال الحيل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٣م، ص ٦٣.

(٣) انظر: ابن القيم، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، د.ط، د.ت، ج ٤/ ص ١٦.

جعلته يضع شروطاً عديدة وتحيزات مطولة في مواضع لا تستحق كل ذلك، مما جعل الحيل تتناول تحيزات وهمية لا حقيقة لها.

ثالثاً: ضعف العلم الشرعي:

إن القصور في العلم الشرعي وضمور الملكة الفقهية لدى بعض المنتسبين للعلم الشرعي بسبب ضعف الفهم للقواعد الشرعية في الاستنباط والاجتهاد؛ جعل البعض منهم يلجأ للحيل الفقهية للخروج من المأزق حال الإفتاء بدلا من أن يلجأ إلى القواعد الشرعية العامة في الاجتهاد، أو يُنشئ الفتاوى في المعاملات الفقهية المعاصرة بواسطة فقه الحيل بقصد التيسير على الناس، وقد وقع في ذلك فقهاء من جميع المذاهب الفقهية دون استثناء بما فيها المذاهب المانعة للحيل^(١). وسيأتي تفصيل ذلك في الفصل الخامس من هذه الدراسة.

رابعاً: ظهور الفقه الافتراضي في الحيل:

ومما زاد في انتشار الحيل وتوسع مسائلها ظهور الفقه الافتراضي، وإن شئت أسميته الترف الفقهية، ومن قرأ في المسائل التي يوردها المهتمون بالحيل يجد أن كثيراً من الحيل هي مخارج لمواقف ومآزق نادرة الوقوع، أو قد تكون خيالية لا يتصور وقوعها، ومثاله في مسألة من قتل أم زوجته، ما الحيلة له لينجو من القصاص؟ ومع وجود من له قدرة وخيال خصيين دخل الفقه في طور الافتراضيات، وكانت الحيل حلولاً في نظر بعض هؤلاء لمسائل مفترضة، وحيث إن المسائل المفترضة من الخيال تأخذ صفة الخيال الرئيسة وهي أنه لا نهاية له، لذا كانت هناك حيل جديدة كل يوم! وهذا ناتج من خلل في تصور هؤلاء لدور الفقيه في المجتمع المسلم^(٢). ومن محفزات هذا

(١) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٥٥.

(٢) انظر: محمد بن إبراهيم، الحيل الفقهية في المعاملات المالية، مرجع سابق، ص ٧٢.

الأمر أن مثل هذه المسائل كان لها جمهورها ومعجبوها من العوام والمنتسبين للفقهاء، وهو مما كان يعطي الدافع للتنافس فيما بينهم.

خامساً: ضعف الدين عند طائفة من المتفكّهة:

لا بد من الاعتراف بأنه انتسب للفقهاء أفراد لم يستفيدوا من العلم غايته؛ أي: مخافة الله! وهي سبب التورع في الفتيا، وما جعلهم يتجرؤون في الفتيا وإحداث المسائل التي تؤدي إلى إضعاف التقوى في القلوب إلا بعدهم عن هذا المعنى، وبدل أن يحض هؤلاء من يستفتيهم على تقوى الله والالتزام بأمره، تجدهم يطلبون منهم أن يمهلوهم ليجدوا لهم حيلة تخلصهم مما وقعوا فيه؛ حتى نقل عن بعض هؤلاء قوله: «ما نقوموا علينا من أنا عمدنا إلى أشياء كانت حراما عليهم فاحتلنا فيها حتى صارت حلالاً!»^(١)، ولا بن بطة العقيلي كلام جميل في ذلك، فبعد سرده لبعض الحيل، مثل: من وجب عليه الحج فوهب ماله لولده ليخرج من الاستطاعة الموجبة للحج في حقه، ثم استرجع ماله بعد الحول، ومثل من باع الماشية التي بلغت نصاباً زكويًا قبل الحول ليهرب من الزكاة، واشترى بهاله عقاراً، ليستأنف حولاً جديداً وهكذا، ثم ختم معلقاً على هذه التصرفات الذميمة قال **رَضِيَ اللهُ عَنْهُ**: «وما ظنك الآن إذا كان المفتي هو الأمر بهذا والداد عليه والمفتي به؟!»^(٢). فالإنكار الحقيقي ليس على العامي المقلد بل على المفتين الذين يرشدون الناس إليها.

سادساً: التنافس بين فقهاء المذاهب :

لا يخفى وجود التنافس بين فقهاء المذاهب، وهذا أمر مشاهد في القديم والحديث، وخاصة بين فقهاء مذهبي الحنفية والشافعية، ومن جملة ذلك تنافسهم في فن الحيل^(٣)، فقد

(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٦٨.

(٢) ابن بطة؛ إبطال الحيل، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٣) انظر: د. محمد بن إبراهيم، الحيل الفقهية، مرجع سابق، ص ٤٩.

اقتصر الافتاء والتصنيف في الحيل الفقهية ابتداء على فقهاء المذهب الحنفي، وهم من بدأ بذلك، ثم تبعهم فقهاء الشافعية. وحتى بعض فقهاء المذهب الحنبلي نافسوه في ذلك، وكذلك فقهاء المذهب المالكي^(١)؛ لكن بفتاوى متناثرة، فلم يصنف أحد من المالكية أو الحنابلة مصنفًا مستقلًا في إيراد الحيل.

ويظهر تناقل الحيل وتلقفها من مذهب إلى مذهب عندما نرى التشابه الكبير في الحيل عند المذاهب، وقد تجد فرقًا في الألفاظ فقط أو في مخرج مماثل لما يذكره المذهب الآخر بما يتوافق مع المذهب، مع اتحاد الفكرة والأصل، وقد ذكره ابن القيم رحمته الله سببًا في دخول الحيل على المذاهب، قال عن مذهب الإمام الشافعي في الحيل: «وأكثر الحيل التي ذكرها المتأخرون المنتسبون إلى مذهبه من تصرفاتهم، تلقوها عن المشركين، وأدخلوها في مذهبه»^(٢). ويقصد بالمشركين أصحاب الرأي.

(١) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٧٢.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٣٥٦.

المبحث الثاني

أقسام الحيل عند الفقهاء

تناولت في هذا المبحث تقسيم الفقهاء للحيل وأهميته في فهمها والحكم عليها، وبحثت في موضوع الحيلة التي وسيلتها محرمة، وبينت مدى علاقتها بموضوع الحيل الفقهية.

المطلب الأول

تقسيم الفقهاء للحيل

أولاً: أهمية تقسيم الحيل :

تظهر أهمية تقسيم الحيل لأثرها في فهم أنواع الحيل، وهذا تمهيد للمباحث القادمة التي سنبين فيها الأقسام الثلاثة الرئيسة للحيل، ثم الحكم على كل نوع وقسم بمفرده، وفي هذا خروج من التعميم في الحكم على أنواع مختلفة من الحيل، وقد ذكر الطاهر بن عاشور فائدة تفصيل الأنواع والأقسام في بيان أقسام الحيل، قال رحمته الله: «فإذا تقررت هذه الأنواع لدى من يستعرضها بفهم ثاقب...، لا يعسر عليه بعد هذا تنزيلها منازلها وإبداء الفروق بينها»^(١).

إذ إن عدم تحرير أقسام الحيل أدى إلى اختلاط أقوال الفقهاء فيها، وهذا أدى أحياناً إلى توظيف كلام الفقهاء في بعض أنواع الحيل في أنواع أخرى منها، غير التي كانوا يقصدونها بكلامهم، وكذلك أدى إلى عدم وضوح قصدهم من الحيلة التي يتناولونها بالبحث، وهذا الأمر مشاهد لكل من يبحث في الحيل.

ثانياً: سبب تنوع تقسيم الحيل لدى الفقهاء :

لقد تعددت التقاسيم التي ذكرها الفقهاء للحيل، ويختلف التقسيم بحسب الزاوية التي نظر منها هؤلاء الفقهاء إلى الحيل، قال الحجوي: «الحيل ثلاثة أقسام: ملغاة بالاتفاق...، وغير ملغاة اتفاقاً...، والثالث مالم يتبين بدليل قطعي إلحاقه بالأول ولا

(١) انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

بالثاني، وفيه اضطرت أنظار النظار، وهو محل التنازع بين الحنفية وغيرهم^(١).
وأقسام الحيل تدور على مقاصدها ووسائلها، أو على علاقتها بالمقاصد الشرعية،
وهناك من نظر لها من جهة الحكم الفقهي، وهذا لأن موارد الأحكام على قسمين:
مقاصد، وهي: المتضمنة للمصالح والمفاسد في نفسها، ووسائل وهي: الطرق المفضية
إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم أو تحليل^(٢).

الفرع الأول: تقسيم الحيل باعتبار علاقتها بالمقاصد الشرعية:

إن هذا التقسيم باعتبار علاقة الحيلة بالمقاصد الشرعية تظهر أهميته عند الحكم على
الحيلة، أكثر من توضيحه لأقسام وأنواع الحيل الحاصلة والواقعة في حقيقة الأمر، ويمكن
تفريع التقسيم باعتبار المقاصد ما يأتي:

التقسيم الأول: تقسيم مبني على موافقة الحيل للمقاصد الشرعية أو مخالفتها:

وتكون بذلك ثلاثة أقسام:

- ١- قسم لا خلاف في بطلانه: لمناقضته مقصود الشارع، كحيل اليهود في تجميع
شحوم الحيوانات المحرمة عليهم وبيعها لغير اليهود.
- ٢- قسم لا خلاف في جوازه: لموافقة مقصود الشارع، كبيع التمر الرديء وقبض
ثمنه، ثم شراء التمر الجيد بهذا الثمن.
- ٣- قسم محل خلاف بين الفقهاء: وعبر عنه الشاطبي بأنه: «محل الإشكال

(١) الحجوي؛ محمد بن الحسن الحجوي الفاسي (ت ١٣٧٦هـ)، الفكر السامي في تاريخ الفقه
الإسلامي، تحقيق: عبد العزيز القارئ، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، ١٣٩٦هـ، ١/
٣٦٦. باختصار يسير.

(٢) انظر: القرافي؛ شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي، (ت ٦٨٤هـ)، أنوار البروق في أنواء
الفروق، تحقيق: محمد سراج وآخرون، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، ٢/٤٥١.

والغموض، وفيه اضطربت أنظار النظار^(١). وهو ما لم يتبين فيه بدليل واضح قطعي موافقة الحيلة مقصود الشارع أو مخالفتها لها، قال الشاطبي مبينا سبب خلافهم في هذا القسم: «من جهة أنه لم يتبين فيه بدليل واضح قطعي لحاقه بالقسم الأول أو الثاني، ولا تبين فيه للشارع مقصد يتفق على أنه مقصود له، ولا ظهر أنه على خلاف المصلحة التي وضعت لها الشريعة بحسب المسألة المفروضة فيه»^(٢).

التقسيم الثاني: تقسيم للحيل باعتبار نفويت المقصد الشرعي كلياً أو جزئياً:

وهذا التقسيم أدق من الذي قبله وأنفع للفقهاء عند النظر في أحكام مسائل الحيل. ولقد اهتم الطاهر بن عاشور بهذا التقسيم، وجعله مقياساً هاماً للحكم على الحيلة^(٣)، وتنقسم بهذا النظر إلى خمسة أنواع:

النوع الأول: تحيل يفوت المقصد الشرعي كله، ولا يعوضه بمقصد آخر، وهذا لا ينبغي الشك في ذمه وبطلانه.

النوع الثاني: تحيل على أمر مشروع بوجه ينقل إلى أمر مشروع آخر، مثل التجارة بالمال المتجمع خشية أن تنقصه الزكاة، فإنه إذا فعل ذلك استعمل المال في مأذون فيه، فحصل مسبب ذلك، وهو بذل المال، في شراء السلع وترتب عليه نقصانه من النصاب فلا يزكي زكاة النقدين، ولكن انتقلت مصلحة ذلك المال من نفع الفقير إلى منافع عامة تنشأ عن تحريك المال، وانتقلت زكاته إلى زكاة التجارة.

النوع الثالث: تحيل على تعطيل أمر مشروع على وجه يسلك به أمراً مشروعاً، هو أخف عليه من المنتقل منه، مثل لبس الخف لإسقاط غسل الرجلين في الوضوء.

(١) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ٢ / ٣٨٨.

(٢) المصدر نفسه، ٢ / ٣٨٨.

(٣) انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ٢٥٣ - ٢٥٦.

النوع الرابع: تحيل في أعمال ليست مشتملة على معان عظيمة مقصودة للشارع، وفي التحيل فيها تحقيق لمآثل مقصد الشارع من تلك الأعمال، مثل التحيل في الأيمان التي لا يتعلق بها حق الغير، كمن حلف ألا يدخل الدار، أو لا يلبس الثوب؛ فإن البر في يمينه هو الحكم الشرعي، والمقصد المشتمل عليه البر هو تعظيم اسم الله تعالى الذي جعله شاهداً عليه، فإذا ثقل عليه البر فالتحلل من يمينه بوجه يشبه البر مثل قطع جزء من الثوب الذي حلف ألا يلبسه، وبهذا يحصل مقصود الشارع من تعظيم اسم الله تعالى، وفي هذا النوع مجال من الاجتهاد، ولذلك كثر الخلاف بين العلماء في صورته وفروعه.

النوع الخامس: تحيل لا ينافي مقصد الشارع، أو هو يعين على تحصيل مقصده، ولكن فيه إضاعة حق آخر، أو مفسدة أخرى، مثل التحيل على تطويل عدة المطلقة. وهذا التقسيم مهم في الحكم على الحيل الفقهية، وسنفصل فيه عند تناولنا لحكم الحيلة الفقهية في الفصل الثاني بإذن الله تعالى.

الفرع الثاني: تقسيم الحيل باعتبارين؛ وسيلتها والمقصد منها :

وعلى هذا التقسيم سار ابن تيمية^(١) وتلميذه ابن القيم في تقسيمهما للحيلة، والتفصيل الذي أورده ابن القيم أكثر وضوحاً في ذلك^(٢)، فقد قسمها إلى قسمين، فالحيل التي في القسم الأول: مقصدها شرعي، والحيل في القسم الثاني مقصدها غير شرعي، ثم فرع على ذلك من خلال الوسائل المفضية إلى هذه المقاصد، ففي كل قسم تجد ثلاثة طرق تفضي إليه، فيكون المجموع ستة أنواع.

القسم الأول: ما كان المقصود من الحيلة محرماً، نحو إبطال حق أو إثبات باطل:

ويقسم هذا القسم باعتبار الطرق المفضية إليه إلى ثلاثة أنواع:

(١) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ٣/ ١٩٢.

(٢) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ٣/ ٤١٨.

١- أن تكون الطريق محرمة في ذاتها، ويقصد بها المحرم، ومثال ذلك: من طلق زوجته ثلاثاً، وأراد التخلص من عار التحليل، فإنه يَحْتَمَلُ لذلك بالقدح في صحة النكاح بفسق الولي أو الشهود، إذ لا يقع الطلاق في النكاح الفاسد، ومثاله أيضاً احتيال البائع على فسخ البيع، بادعائه أنه كان محجوراً عليه وقت العقد، أو أن المبيع لم يكن ملكاً له، ولا مأذوناً له في بيعه، أو احتيال المشتري بدعواه: أنه لم يَرَ المبيع. وحرمة هذا من جهتي الوسيلة والقصد.

٢- أن تكون الطريق مباحة في نفسها، ويقصد بها المحرم، وهنا رغم إباحة الوسيلة إلا كون المتحليل أنه قصد بها الحرام، كالسفر لقطع الطريق، فالوسيلة بمفردها مباحة ولكن لما جعلت وسيلة إلى المحرم صارت حراماً.

٣- أن تكون الطريق لم توضع للإفضاء إلى المحرم، وإنما وضعت مفضية إلى المشروع، فيتخذها المتحليل سلماً وطريقاً إلى الحرام، وهو القسم الذي وقع فيه الخلاف بين الفقهاء، كمن يهب ماله لمن يثق برده قبيل حولان الحول، اسقاطاً لوجوب الزكاة عنه، أو يقر لوارث بدين كذبا وزورا، ليعطيه أكثر من نصيبه في الإرث، وكعقد الزواج الذي يقصد به تحليل المرأة المطلقة ثلاثاً لمن طلقها.

وهذا النوع هو موضوع النزاع ومحل الاشتباه بين الفقهاء، قال ابن تيمية: «وهذا القسم هو الذي كثر فيه تصرف المحتالين ممن ينتسب إلى الفتوى، وهو أكثر ما قصدنا الكلام فيه، فإنه قد اشتبه أمره على المحتالين»^(١).

القسم الثاني: ما كان المقصود منها مشروعاً، من إثبات حق أو دفع باطل:

وينقسم باعتبار الطرق المفضية إليه إلى ثلاثة أنواع:

(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ٣ / ١٩٤.

١- أن تكون الطريق محرمة في نفسها، وإن كان المقصود حقاً، أي أن ما تفضي إليه مشروع، سواء كان إثبات حق، أو إلغاء باطل، أو منع ظلم أو رفعه. ومثاله: أن يكون لرجل على رجل آخر حق، فيجحد، ولا بينة له، فيأتي صاحب الحق بشاهدي زور، يشهدان له بالحق، وهما لا يعلمان ثبوت هذا الحق، فشهادتهما تعتبر زوراً، وإن كانت تفضي إلى حق، وهي التي تسمى: مسألة الظفر بالحق^(١).

٢- أن تكون الطريق مشروعة، وما تفضي إليه مشروعاً، وهذه هي الأسباب التي نصبها الشارع مفضية إلى مسيبتها، أي: قد وضعت الوسيلة والطريق لذلك المقصود ظاهراً. وهذا: كعقد البيع لنقل الملك وإباحة الانتفاع، إلا أن هذا النوع لا يعد من الحيل على حد تعريف الفقهاء.

٣- أن يحتال على التوصل إلى الحق أو على دفع الظلم بطريق مباحة لم توضع موصلة إلى ذلك، بل وضعت لغيره، فيتخذها هو طريقاً إلى هذا المقصود الصحيح، أو قد يكون قد وضعت له لكن تكون خفية لا يفتن لها. والفرق بين هذا النوع والذي قبله: أن الوسيلة وضعت في النوع السابق ظاهرة في التوصل للقصد، وهنا هذه الوسيلة لم تكن ظاهرة في التوصل للمقصود، فتحتاج إلى فطنة وذكاء في التوصل إليها واستخدامها كطريق في الوصول إلى مقصده. مثال ذلك: أن يتزوج شخص بامرأة ليستعين بها، أو يعتز بأهلها، أو يفاخر بجملها، فالمقصود من ذلك جائز، ولكن النكاح لم يشرع لذلك، وإنما القصد الأول من الزواج، طلب الولد، وعفة الزوجين عما حرم الله عز وجل. فالنكاح هذا جائز ولا يتنافى مع مقاصد النكاح الأصلية. ومنه إذا خافت المرأة أن يتزوج

(١) مسألة الظفر بالحق: مدى جواز أخذ صاحب الحق من استيفاء ماله إذا ظفر بهال لغيره أنه يأخذ منه قدر حقه من غير إذنه؟ وسيأتي بيانها لاحقاً في هذه الدراسة.

عليها زوجها، فالحيلة أن تشرط في العقد، انه متى تزوج عليها فأمرها وعصمتها بيدها، إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقته^(١).

الفرع الثالث: تقسيم الحيلة باعتبار الأحكام الفقهية الخمسة :

هناك تقسيم للحيلة باعتبار الأحكام الفقهية الخمسة، حيث تنقسم الحيل باعتبار حكمها إلى خمسة أقسام: واجب^(٢)، مندوب، مباح، مكروه، حرام.

قال ابن القيم: «وإذا قسمت باعتبارها لغة، انقسمت إلى الأحكام الخمسة!»^(٣).

وهذا التقسيم غير مسلم به، إذ إن من يقسم الحيل إلى الأقسام الخمسة إنما ينسب كل حيلة إلى الحكم الذي يدين الله به، وأداه إليه اجتهاده، فلا نتحصل على تقسيم يتفق عليه اثنان، فكل تقسيم على الأحكام الخمسة إنما يقر به من قسمه، بل إن المجيزين للحيل لا يتفقون في هذا التقسيم لاختلافهم في أحكام وضوابط الحيل الجائزة، بل وتجد أن في المذهب الواحد خلافا في حكم حيلة بعينها، وإن ما يمكن الاستفادة منه عند تقسيم الحيل حسب الأحكام الفقهية الخمسة هو ما اتفق الفقهاء على تحريمه ومنعه من الحيل الممنوعة اتفاقا، وما اتفقوا على جوازه من الحيل الجائزة اتفاقا، أما بقية الأقسام الثلاثة فلا يمكن الاستفادة أو الاعتبار من التقسيم فيها لما سبق، وأيضا لا تسلم الأمثلة التي تدرج تحتها

(١) محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مرجع سابق، ١٣٥.

(٢) الواجب والفرض لفظان مترادفان عند الجمهور. وعند الحنفية متباينان، فالفرض ما ثبت بدليل قطعي، والواجب ما ثبت بدليل ظني، كخبر الواحد. محمود حامد عثمان، القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م، ص ١٧٣؛ قطب سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، ص ٣١٨.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ٣ / ٣٠٩.

من اعتراض، لذا لا فائدة كبيرة من التقسيم بهذا المعيار. وسبق أن ذكرنا أن القزويني الشافعي قسم الحيلة في كتابه الحيل بهذا الاعتبار.

أمثلة للتقسيم على الأحكام الخمسة عند القائلين بها:

١- القسم الأول: الحيل الواجبة: وهي: التحيل بطرق مشروعة للحصول على الأمر الواجب تحصيله شرعاً، كمباشرة الأسباب الواجبة للحصول على مسيبتها. ومثالها: العقود الشرعية الواجبة، كالشراء والبيع عند الحاجة، والزواج خشية العنت، كل ذلك حيل واجبة للتحويل على المراد بطريقة مشروعة.

٢- القسم الثاني: الحيل المندوبة: وهي: ما يترجح فيها جانب الفعل على الترك كالتحيل لتخليص حق بطريق مشروع، أو نصره مظلوم، أو قهر ظالم، وهذا ومثله مندوب إليه

٣- القسم الثالث: الحيل المباحة: وهي: ما يستوي فيها جانب الفعل والترك على السواء، كمن يخاف فوات الحج لضيق الوقت، فالحيلة أن يحرم إحراماً مطلقاً، فإن أدرك عرفة عينه بالحج، وإن لم يدرك عينه بالعمرة، ولا يلزمه بالفوات قضاء الحج.

٤- القسم الرابع: الحيل المكروهة: وهي: ما يترجح فيها جانب الترك على جانب الفعل ويمثل له بمن تعلق بذمته دين وله مال وأريد تحليفه على أنه يملك مالا، ولم يرد أن يحنث؛ فالحيلة أن يهب ماله لابنه الصغير ثم يحلف فلا حنث عليه، وإن استرد ماله بعد ذلك.

وهذا المثال لا يسلم من مقال، ويؤكد ما ذكرناه سابقاً من أن هذا التقسيم للحيلة لا

يفيد كثيراً.

٥- القسم الخامس: الحيل المحرمة: وهي: كل حيلة يقصد بها أكل أموال الناس بالباطل أو بالأيمان الفاجرة أو التهرب من حقوق الله وواجباته أو التحيل عليها، بقصد استحلال ما حرم الله أو تحريم ما أحل^(١).

التقسيم الذي سنسير عليه في هذه الدراسة:

كما سبق يتضح أن مدار التقسيم للحيل عند الفقهاء على أمرين:

الأول: القصد من الحيلة.

والثاني: الوسيلة المفضية إليها.

ويتضح من خلال التعريف السابق للحيلة أن هناك من الأقسام التي أوردتها الفقهاء ما لا ينطبق عليه مسمى الحيلة الفقهية، وهذا كالاختيال بالوسائل الشرعية لتحقيق مقصود شرعي، ويمثل لها بالبيع والشراء لسد حاجة الإنسان، وهذه لا ينطبق عليها تعريف الحيل، لأن الحيل فيها الفطنة ودقة التصرف، ولا تطلق على البيوع العادية هذا الوصف لا بالعرف الفقهي، ولا حتى في عرف الناس.

وعلى ما سبق يتحصل لدينا أربعة أقسام للحيل الفقهية؛

القسم الأول: ما اتفق على حرمة.

القسم الثاني: ما اتفق على جوازه.

القسم الثالث: ما اختلف في حكمه بسبب القصد منه.

والقسم الرابع: وهو الذي وسيلته ممنوعة، وهو الذي سأدرس مدى علاقته بموضوع

الحيل الفقهية في المطلب القادم.

(١) انظر: محمد إبراهيم، الحيل الفقهية، مرجع سابق، ص ٥٧.

المطلب الثاني

الحيل التي وسيلتها محرمة وعلاقتها بالحيل الفقهية

وفيه فروع:

الفرع الأول: المقصود بهذا النوع من الحيل وموقعه من أقسام الحيل:

أولاً: المراد به:

يراد بهذا القسم من الحيل: ما كان المقصود من الحيلة مشروعاً، لكن الطريق لتحقيقه محرمة، أي أن ما تفضي إليه مشروع، سواء أكان إثبات حق، أم إلغاء باطل، أم منع ظلم أم رفعه، ولكن الطريق في حد ذاتها غير مشروعة، فهنا القصد موافق للشرع، ولكن الوسيلة قد خالفت الشرع^(١)، ومثاله: أن يكون له على رجل دين، ويجحده صاحبه ولا بينة عنده، فيقيم شاهدين لا يعلمان بهذا الأمر شيئاً، فيشهدان به.

ثانياً: موقعه من أقسام الحيل :

من التقاسيم السابقة للحيل، يظهر لنا أن الحيلة المختلف فيها إحدى اثنتين:

الأولى: ما كان القصد منها مشروعاً، والوسيلة ممنوعة شرعاً .

الثانية: ما كان القصد منها تغيير الحكم الشرعي، والوسيلة مشروعة، فيتعاطى هذه

الأسباب ليغير الحكم الشرعي، وهنا يعتبر القصد ممنوعاً عند من يرى حرمة الحيل، وهي

الحيلة المشهورة كما تم توضيحه سابقاً.

ثالثاً: الفرق بين هذا القسم والحيل الفقهية المشهورة:

هناك فرقان رئيسان بينهما:

الفرق الأول: أن الحيل المشهورة المنع فيها من جهة القصد، والحيل من هذا القسم

المنع فيه من جهة الوسيلة، ففي كل واحد من هذين النوعين اجتمعت أسباب المنع

(١) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤١٨.

والإباحة، فوجد سبب المنع: الوسيلة الممنوعة، أو القصد الممنوع. وفي ذات الوقت وجد فيهما سبب الإباحة: الوسيلة الشرعية أو القصد الشرعي، فهذا القسم عكس القسم الآخر المشهور، والذي يدور الخلاف بين الفقهاء عليه، من حيث كون الآخر الوسيلة مباحة والقصد غير مشروع.

والفرق الثاني: أن الحيلة المشهورة فيها قصد تغيير حكم شرعي بواسطة وسيلة مباحة في الأصل، أما هنا فلا يوجد تغيير لحكم شرعي، لكن تحيل للوصول إلى الحق، وهذا التحيل بواسطة غير شرعية. لذا كانت هذه الحيل محل خلاف بين الفقهاء، لاجتماع المانع والمبيح في نفس الوقت.

الضرع الثاني: مدى علاقة الحيل التي وسيلتها محرمة بموضوع الحيل الفقهية:

لقد تم سابقا ذكر الفرق بين هذا القسم والحيل الفقهية المشهورة، فهل هناك علاقة

بينهما؟

يظهر جليا أنه لا علاقة لهذا القسم بموضوع الحيل الفقهية، وعليه: لا ينبغي أن يطلق عليه مسمى الحيل الفقهية على الإطلاق، فإن الحيل الفقهية مستنبطة من الفقه، بينما هذه الحيل مبنية على أمر محرّم، ولا علاقة لها بالفقه، وهذا هو السبب الجوهرى في عدم اعتبار الفقهاء لهذا القسم كنوع من الحيل، فإن الفقهاء يعدون الحيل فناً من فنون الفقه، تبنى وتركب بأدوات ووسائل فقهية، لذا لا يتأتى أن تكون بوسيلة محرمة، وقد ذكر ابن تيمية أن هذا القسم لا علاقة له بالحيل، وقال عنها: «ولا هي أيضا من الحيل المحضّة، بل هي بمسائل الذرائع أشبه، لكن لأجل ما فيها من التحيل ذكرناها لتتام أقسام الحيل»^(١). وذكر أيضا أن من يفتي بالحيل قد لا يفتي بجواز هذا النوع من الحيل، وإن أفتى به بعضهم، وإن الفقهاء منهم لا يجلونه^(٢). وهذا لتأكيد الفرق بينه وبين الحيل الفقهية المعروفة.

(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ٣/ ٢٠٣.

(٢) المصدر نفسه، ٣/ ١٩٤.

عدم تناول الفقهاء لهذا النوع عند حديثهم عن الحيل:

ومما يؤكد عدم دخول هذا النوع في موضوع الحيل الفقهية تجاهل الفقهاء لهذا القسم وعدم تناولهم له، حتى من توسع فيهم في موضوع الحيل كابن القيم والشاطبي رحمهما الله، فابن القيم ذكره في مجمل عرضه لأقسام الحيل، ومثل له ببعض المسائل، في موضعين من كتابه "إعلام الموقعين" مختصراً بدون تفصيل^(١). أما الإمام الشاطبي رحمته الله فلم يذكر هذا القسم ولم يشر إليه عند كلامه عن الحيل.

وعلى ذلك بأن الشاطبي ينظر إلى الحيلة بمعنى أنها الوسيلة المباحة التي تؤول وتؤدي إلى ما يناقض مقاصد الشرع، وهنا الحيلة أتت بما يوافق المقاصد، لذا لم يذكرها^(٢).

ولو حصرنا الحيل التي من هذا النوع لدى محمد بن الحسن، أو لدى الخصاصف لما وجدنا شيئاً يذكر، والإمام السمرقندي على توسعه في إيراد الحيل لم يُعَنَ بذكر أمثلتها، وقد أحصيت ما ذكره السمرقندي من أمثلة لهذا النوع فوجدتها لا يبلغ عددها العشر مسائل، ذكرها في موضع واحد من كتابه في الحيل^(٣).

ومما يؤكد الفرق بين هذا النوع وبقية أنواع الحيل الفقهية أمور:

الأمر الأول: عند النظر للأدلة التي يستحضرها المانعون والمجيزون لهذه الحيلة نجدتها تختلف تماماً عن الأدلة المتعلقة بمسألة الحيل الفقهية بأنواعها الثلاثة، المتفق على حرمتها، أو المتفق على جوازها، أو المختلف في حكمها.

(١) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ٣ / ٤١٨ و ٤ / ٣٥.

(٢) انظر: د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م، ص ٤٢٩.

(٣) انظر: السمرقندي، جنة الأحكام وجنة الخصاصم، مصدر سابق، ص ١٦٠.

الأمر الثاني: أن الفرق يتضح أكثر في المسائل التطبيقية، أي عند إيراد الأمثلة من المسائل الفقهية المدرجة تحت كل قسم، فنجد أمثلة هذا القسم أقرب إلى موضوعات أخرى في الفقه، كمسألة الظفر بالحق، فهذه المسألة أدخلها الفقهاء في جنس الحيل لكونها اشتملت على حيلة للتوصل إلى الحق فقط.

أما وصفها بأنها حيلة فقهية ففيه نظر، لأن الحيلة الفقهية لها حقيقة أخرى غير حقيقة هذا النوع من الحيل.

لماذا يورد بعض الفقهاء هذا النوع عند ذكر التقسيم للحيل؟

حيث سبق توضيح أن هذا القسم لا علاقة له بالحيل، فما سبب إيراد الفقهاء له عند تقسيمهم للحيل؟ والجواب على ذلك أن عند إحصاء أقسام الحيل، لا بد من ذكر كل الأقسام التي يمكن دخولها فيها، وذلك لأجل استيعاب جميع الأنواع، ثم دراستها، لذا ذكر الفقهاء في التقسيم الحيل التي هي من جنس التوصل بالمباح للتوصل إلى المباح، ومثلوا لها بالبيع والنكاح، وقد بينت سابقاً أنه لا علاقة لها بموضوع الحيل الفقهية إلا في المعنى اللغوي.

الفرع الثالث: علاقة هذا النوع بفتح الذرائع مع الأمثلة على ذلك:

سبق توضيح علاقة هذا النوع من الحيل بموضوع الذرائع، وأنه ألصق به من موضوع الحيل الفقهية كما ذكر ابن تيمية رحمته الله^(١)، وأذكر مثالين لبيان العلاقة بين هذه الحيل وبين فتح الذرائع:

المثال الأول: في قصة موسى مع الخضر عليها السلام، حين قام الخضر بعمل تلف في السفينة، قال تعالى: ﴿فَأَنْطَلَقَا حَتَّىٰ إِذَا رَكِبَا فِي السَّفِينَةِ خَرَقَهَا قَالَ أَخَرَقْتَهَا لِتُغْرِقَ أَهْلَهَا لَقَدْ جِئْتَ شَيْئًا إِمْرًا﴾^(٢)، وفي نهاية القصة ذكر له سبب فعله ذلك: أن الملك الذي كان يستولي على السفن كان لا يأخذ المعطوب منها قال تعالى: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسْكِينٍ

(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٠٣.

(٢) سورة الكهف، الآية [٧١].

يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرْدَتْ أَنْ أَعْيَبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا^(١). فهنا لما تعين تلف السفينة لحمايتها من الملك الظالم فتح الذريعة بهذه الوسيلة المحرمة.

والمثال الثاني: أنه لما نزل النبي ﷺ ببني النضير، وقد تحصنوا في حصونهم، أمر النبي ﷺ بإتلاف نخلهم بالقطع والتحريق لها^(٢).

فأنزل الله تعالى قوله: ﴿مَا قَطَعْتُمْ مِّن لِّيْنَةٍ أَوْ تَرَكَتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَىٰ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ وَلِيُخْزِيَ الْفَاسِقِينَ﴾^(٣)، أي أن كل ما حدث كان بإذن الله تعالى.

وهنا إباحة هذا التقطيع والحرق لأجل المقصد الأهم، وهو إضعاف اليهود، وانتصار المسلمين عليهم، وهذا فتح للذرائع أيضاً. وهذان المثالان يوضحان الارتباط بين هذا النوع من الحيل من حيث كونه تدرع بالحرام للتوصل إلى الحق، أو إلى مصلحة أكبر، ويعده الفقهاء من باب فتح الذرائع لأجل المصلحة الظاهرة^(٤).

الفرع الرابع: علاقة هذا النوع من الحيل بمسألة الظفر بالحق؛

إن من المسلم به أن كثيراً من حيل هذا النوع يقع تحت ما تعارف الفقهاء على تسميته بمسألة الظفر بالحق^(٥). والمراد بمسألة الظفر بالحق: مدى جواز أخذ صاحب الحق العاجز عن أخذه من غريمه من استيفاء حقه إذا أمكنه أن يظفر بهال لغريمه أن يأخذ منه حقه بوسيلة

(١) سورة الكهف، الآية [٧٩].

(٢) الحديث رواه البخاري في صحيحه، ص ٨٩٠، كتاب التفسير، باب: تفسير سورة الحشر، ح: ٤٨٨٤. البخاري؛ أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦هـ)، صحيح البخاري، مراجعة وضبط: محمد القطب وهشام البخاري، المكتبة العصرية، صيدا وبيروت، د.ط، ٢٠٠٩م.

(٣) سورة الحشر، الآية [٥].

(٤) انظر: محمد هشام البرهاني، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، د.ط، ١٩٩٥م، ص ٣٩٤.

(٥) انظر: ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ١٠٨ / ٥.

غير مشروعة؟^(١) لكن ليس كل مايتناوله موضوع الظفر بالحق داخل في موضوع التحيل بالمحرم لمقصد شرعي، فموضوع الظفر بالحق أكبر من التحيل بالمحرم للوصول إلى الحق، حيث يتناول حتى الاستيفاء - بطريقة مباحة - للحقوق بشكل مباشر.

ومما ينبغي أن يبين أن الطرق المؤدية إلى الظفر بالحق طريقتان:

الطريق الأول: عن طريق الدعوى لدى القاضي أو الحاكم، وذلك بأن يتحيل لأخذ حقه من غريمه، بإقامة البينة بطريقة غير شرعية لدى القاضي أو الحاكم.

الطريق الثاني: عن طريق الأخذ المباشر من الغريم و دون الرفع للحاكم، وهذا بأن يظفر بحقه أو مايمثله من غريمه مباشرة^(٢).

ولكل طريق حكمه وأمثله التي هي أوسع من موضوع الحيل التي من هذا النوع، بل قد ذهب بعض الشافعية إلى أن المسائل التي تبنى على هذه المسألة أقرب إلى قاعدة ارتكاب أخف المفسدتين^(٣).

خلاصة ما سبق:

يظهر جلياً عدم وجود علاقة بين هذا النوع من الحيل والحيل الفقهية، لكون مسلكها ومبناها مخالف لما بنيت عليه الحيل الفقهية، وأيضاً لاندراج هذا القسم تحت مسألة أخرى، أي: مسألة الظفر..

(١) انظر: د. محمود عبدالرحيم الديب، أحكام الظفر بالحق بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط، د.ت، ص ٦١.

(٢) انظر: ابن نجيم الحنفي، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم (ت ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الحقائق، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، ج ٧/ ص ١٩٣.

(٣) انظر: السيوطي؛ جلال الدين عبد الرحمن (ت ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٣م، ص ٨٨.

المبحث الثالث

الحيل المحرمة اتفقا

تناولت في هذا المبحث الحيل المحرمة اتفقا لأجل تمييزها عن بقية أنواع الحيل التي يتناولها الفقهاء بالبحث والمناقشة، ولبيان كونها غير مقصودة أو داخلية في نقاشهم في موضوع الحيل، فتناولت المقصود بالحيل المحرمة اتفقا ووصفها، وأدلة تحريمها من الكتاب والسنة وأقوال الفقهاء، وكيف نُسبت بعض هذه الحيل للمذاهب الفقهية وأسباب ذلك وغاياته، ثم ذكرت أمثلة على الحيل المحرمة اتفقا.

المطلب الأول

المقصود بالحيل المحرمة اتفقا

أولاً: المقصود بهذا القسم من الحيل :

المقصود بها الحيل التي تتضمن تحليل ما حرمه الله، أو تحريم ما أحله الله، أو إسقاط ما أوجبه^(١). قال السرخسي مبينا هذا القسم: «أن يحتال في حق لرجل حتى يبطله، أو في باطل حتى يموهه، أو في حق حتى يدخل فيه شبهة». والسرخسي أتبع هذا التعريف بقوله: «فما كان على هذا السبيل فهو مكروه»^(٢). ويقصد بمكروه أي كراهية تحريم. وهذا القسم هو الذي اتفق الفقهاء على تحريمه، حتى المتوسعين منهم في باب الحيل. ولا يمنع هذا الاتفاق بين الفقهاء من وجود من أفتى بجواز بعض الحيل التي تدخل في هذا القسم، فلا اعتبار للشواذ، فقد اتفق أهل العلم على الإنكار على من أفتى بشيء من هذه الحيل. وقد بدأت بهذا القسم من الحيل لإزالة اللبس عن مفهوم الحيل لدى الفقهاء؛ فإن إخراج هذا القسم من الحيل تأكيد على أن مسائل الحيل سواء منها المتفق على جوازها أو المختلف فيها لا علاقة لها بهذا النوع من الحيل القبيحة.

(١) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ٤ / ١٤٢.

(٢) السرخسي، شمس الدين السرخسي الحنفي، (ت ٤٨٣هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د.ط،

١٩٨٩م، ٣٠ / ٢١٠.

ثانياً: موقع هذا القسم من الحيل من تقاسيم الفقهاء للحيل :

يقع في ما كان المقصود من الحيلة محرماً، نحو إبطال لحق أو تثبيت لباطل، وقد يستخدم لها وسيلة مباحة أو محرمة، وعند استخدام وسيلة محرمة تكون الحيلة محرمة من حيث القصد والوسيلة المفضية لها، وهذه التي وصفها ابن تيمية رحمه الله بوصف بليغ، فقال عنها: إنها «لحم خنزير ميت»^(١). فهي محرمة لذاتها وللطريق الموصلة إليها، ومثال ذلك: من طلق زوجته ثلاثاً، وأراد التخلص من عار التحليل، فإنه يحتال لذلك بالقدح في صحة النكاح بفسق الولي أو الشهود، إذ لا يقع الطلاق في النكاح الفاسد، لأن النكاح الفاسد هو ما وقعت المخالفة في شروطه و ليس في أركانه. ومنه أيضاً احتيال البائع على فسخ البيع، بادعائه أنه كان محجوراً عليه وقت العقد، أو لم يكن المبيع ملكاً له، ولا مأذوناً له في بيعه، أو احتيال المشتري بدعواه أنه لم ير المبيع.

ثالثاً: وصف الحيل المتفق على حرمتها:

والحيلة المحرمة ما تتوافر فيها هذه الأمور أو واحد منها:

١- معارضتها للنصوص الشرعية.

٢- مناقضتها لمقاصد الشريعة .

٣- اشتغالها على تعدد على حقوق الغير، أو ظلم للعباد.

وقد يضم لما سبق أن تكون الوسيلة المستخدمة فيها محرمة كالكذب أو شهادة الزور.

فمتى وجد أحد هذه الأمور فإن الحيلة محرمة اتفاقاً، ويصدق في هذه الحيل المحرمة أن

من أفتى بها فقد قلب الإسلام ظهراً لبطن ونقض عرى الإسلام عروة عروة^(٢).

وحرص الفقهاء القائلون بجواز الحيل بالتنبيه على حرمة هذا النوع، وذكروا ضوابط

الحيل الجائزة ليخرجوا منها الحيل المحرمة، ومن النصوص عنهم، قال الشعبي: «لا بأس

(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ٣ / ١٩٣.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ٣ / ١٣٩.

بالحيل فيما يجل ويجوز، وإنما يكره من ذلك أن يحتال الرجل في حق الرجل حتى يبطله، أو يحتال في باطل حتى يموهه، أو يحتال في شيء حتى يدخل فيه شبهة»^(١). وقال محمد بن الحسن رحمته الله: «من احتال ليدخل عليه في دينه مكروه لم يحتل ولم يعد منه ذلك حيلة؛ إنما الحيلة في أن يأخذ بالحلال ويحتال ليترك الحرام، فتلك الحيلة»^(٢). أي أن ما كان خلاف ذلك فليس بحيلة جائزة، بل هو محرم.

رابعاً: اتفاق الفقهاء على حرمة هذا القسم من الحيل:

ولم يختلف أحد من الفقهاء في حرمة الحيل التي هذا وصفها، قال الإمام الشاطبي في

بيان أنواع الحيل:

«القسم الأول: ما لا خلاف في بطلانه كحيل المنافقين والمرائين.

القسم الثاني: ما لا خلاف في جوازه كالنطق بكلمة الكفر إكراها عليها...» ثم قال

الشاطبي: «وكلا القسمين بالغ مبلغ القطع»^(٣). لذا لم يقر أحد من الفقهاء هذه الحيل.

وسياتي كيف أن مانسب منها للمذاهب إنما ألحق بالمذاهب زورا.

خامساً: التحيل على الشرع أعظم من الوقوع بالإثم :

من يتأمل بما حل في أهل السب يدرك أن الذنب أهون من التحيل على الله تعالى ومخادعته، إذ أن الله يغفر الذنوب جميعاً، لكنه مسخ أهل السب، وتوعد المخادعين بالعذاب الشديد، وهذا العقاب في هذا القسم خاصة، أي الحيل المتفق على حرمتها، أما المختلف في حكمها، فليست كذلك، لوجود الحجة الشرعية لدى القائلين بجوازها، وسبب عظم أمر التحيل أن صاحبه لا يشعر بوقوعه بالإثم، بل يرى نفسه قد تجاوز

(١) الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ٤.

(٢) محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مصدر سابق، ٢٤.

(٣) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ٢ / ٣٨٧.

المحرم إلى المباح بمخادعة الله والناس، لذا قال أيوب السخيتاني^(١) (ت ١٣١هـ): «يخادعون الله كأنها يخادعون الصبيان، فلو أتوا الأمر عيانا كان أهون علي»^(٢). فصاحب الأمر العيان آثم لكنه لم يصل إلى مرحلة أن يتناول على الشرع بأن يتخذة سخرية بهذه الألاعيب، قال ابن بطة العقيلي: «والنفاق عند الله عز وجل أعظم من صراح الكفر»^(٣).

سادسا: هذا النوع منه ما قد يصل إلى الكفر:

وهذا القسم من الحيل منه ما يصل بصاحبه إلى درجة الكفر لتضمن الحيلة على الكفر. ومن أمثلته: الحيلة للمرأة الراغبة في الفكاك من زوجها بأن ترتد عن الإسلام، لتطلق من زوجها بذلك، ثم تعود إلى الإسلام بعد ذلك. أو الحيلة لمن يريد الهرب من الزكاة بأن يرتد أيضا، ثم يسلم، ويستأنف حولا جديدا لذكاته! وقد روي عن ابن المبارك لما سمع حيلة ارتداد المسلمة عن دينها للتخلص من زوجها قال: «من وضع هذا الكتاب فهو كافر ومن سمع به ورضي فهو كافر، ومن حمله من كورة»^(٤) إلى كورة فهو كافر، ومن كان عنده فرضي به فهو كافر»^(٥).

وهذه الحيل توجب كفر من أمر بها لكونه يأمر بالكفر بعد الإسلام لتحقيق غرض دنيوي^(٦)؛ فمن المؤسف أن يصل ببعض المسلمين أن لا يجد طريقة يحقق بها مآربه إلا بوسائل كفرية، وهذا التصرف المستنكر يؤكد على أن أصحاب هذه الحيل لاعلاقة لهم بالفقه الإسلامي، بل هم مرتزقة أو وراقون انتسبوا زورا لهذا العلم الشرعي الكريم!

(١) أبوبكر أيوب بن أبي تيممة كيسان السخيتاني، الإمام الحافظ، ولد عام ٦٨ هـ سنة وفاة ابن عباس، من أئمة العلم والعبادة والزهد، يعد من طبقة صغار التابعين، روى عنه مالك بن أنس وابن سيرين، توفي بالبصرة سنة ١٣١ هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ٦ / ١٥.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ٣ / ٢١٢.

(٣) ابن بطة العقيلي، إبطال الحيل، مصدر سابق، ٤٢.

(٤) الكورة: المدينة، انظر: الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ٢٤٢.

(٥) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ٣ / ١٦٧.

(٦) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ٣ / ٣١١ و ٣٢٣.

المطلب الثاني

الأدلة على تحريم هذه الحيل

أولاً: من الكتاب:

١- قصة أصحاب السبت، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ عَامَتْهُمُ الَّذِينَ اعْتَدَوْا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ لَهُمْ فُقُلْنَا كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ﴾^(١)، وقد احتال أهل هذه القرية ليحللوا لأنفسهم صيد السمك يوم السبت بأن نصبوا الشباك وحفروا الحفر للأسماك يوم الجمعة، ليقوموا باستخراجها يوم الأحد، تحيلاً على الحكم الشرعي بحرمة الصيد يوم السبت، فمسخهم الله قروداً جزاء لاستهزائهم بالدين بهذا التحيل^(٢).

وقد قال بعض العلماء لما رأى الحيل الربوية التي يقوم بها بعض المتحيلين: «لقد مُسَخَّ اليهود قروداً بدون هذا»^(٣).

٢- إن هذا التحيل من جنس مخادعة الله تعالى، وقد أتت النصوص الكثيرة على تحريم ذلك، وإنما من أفعال المنافقين، قال تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَقُولُ ءَامَنَّا بِاللَّهِ وَيَأْتِيهِمُ الْآخِرُ وَمَا هُمْ بِمُؤْمِنِينَ. يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَمَا يُخَادِعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾^(٤).

(١) سورة البقرة، الآية [٦٥].

(٢) انظر: القرطبي؛ محمد بن أحمد الأنصاري (ت ٦٧١هـ)، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت، ٤٣٩/١؛ ابن كثير؛ أبو الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي (ت ٧٧٤هـ)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: خالد محرم، المكتبة العصرية، بيروت، د.ط، ٢٠٠٤م، ٩١/١.

(٣) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ١١٦/٣.

(٤) سورة البقرة، الآيتان [٨-٩].

ووجه الدلالة: أن الحيل التي يغير بها حكم الله من جنس المخادعة لله تعالى، وهو متفق على تحريمه، قال شريك بن عبد الله القاضي في كتاب الحيل: «هو كتاب المخادعة!»^(١).

٣- قصة أصحاب الجنة الذين احتالوا ليسقطوا حق الفقراء في قوله تعالى: ﴿إِنَّا بَلَوْنَهُمْ كَمَا بَلَوْنَا أَصْحَابَ الْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ وَلَا يَسْتَثْنُونَ. فَطَافَ عَلَيْهَا طَائِفٌ مِّن رَّبِّكَ وَهُمْ نَائِمُونَ. فَأَصْبَحَتْ كَالصَّرِيمِ﴾^(٢).

ووجه الدلالة: أنهم احتالوا لمنع المساكين من حقهم، وقد كان في شرعهم أن المساكين يستحقون وقت القطف، فاحتالوا بأن يقطفوها في غير موعد القطف، قبل حضور المساكين، فعاقبهم الله بإتلاف المحاصيل لتحيلهم لمنع الصدقات^(٣).

ثانياً: الأدلة من السنة

١- قوله ﷺ: (قاتل الله اليهود، لما حرم الله عليهم شحومها جملوها ثم باعوها فأكلوها)^(٤).

(١) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ١١٢/٣.

(٢) سورة القلم، الآيتان [١٧ - ٢٠].

(٣) انظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٣٦٦.

(٤) حديث متفق عليه :

رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٣٧٧، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، ح: ٢٢٣٦.

ومسلم في صحيحه، مصدر سابق، ١٢٠٧/٣، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، ح: ١٥٨١. مسلم بن الحجاج، أبو الحسين القشيري النيسابوري (ت ٢٦١هـ)؛ صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ط، د. ت.

ووجه الدلالة في هذا الحديث: أن اليهود لما حرم الله عليهم الشحوم، قاموا بإذابتها، فالجميل الشحم المذاب^(١)، وحولوها إلى ودك؛ وهو دسم الشحم^(٢)، حتى يخرجوا من كونهم أكلوها، ويخرجوا من كون اسمها شحوماً، فهو احتيال في تغيير المسمى، وتغيير كونه مأكولاً، فأصبحت ودكا يباع، حيث جاء في بعض الروايات: (وأكلوا ثمنها)^(٣). ولا شك أن المحرم لا يحل بمجرد تغيير اسمه وصورته وكيفية الاستفادة منه، لأن بدل الشيء يقوم مقامه، ويسد مسده، فإذا حرم الله الانتفاع بشيء حرم الاعتياض عن تلك المنفعة^(٤). وسبب ورود الحديث يؤكد هذا المعنى، فقد روى جابر ابن عبد الله رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام)، فقيل يارسول الله: أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟! فقال: (لا، هو حرام)، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: (قاتل الله اليهود، إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه)^(٥). واستدل العلماء بهذا الحديث على بطلان الحيل التي يتوصل بها إلى المحرم، وإنه لا يتغير حكم الشيء بتغيير هيئته أو تبديل اسمه^(٦).

(١) جملوه: أي أذابوه، فالجميل الشحم المذاب. انظر: الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص ١١١.

(٢) الودك: هو دسم اللحم أو الشحم. انظر: الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص ٦٥٣.

(٣) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٣٧٥، كتاب البيوع، باب: ليداب شحم الميتة ولا يباع ودكه، ح: ٢٢٢٤.

(٤) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ٣/ ١٢٥.

(٥) سبق تخريجه، وهذا لفظ البخاري.

(٦) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ٣/ ١٢٤.

٢- مارواه أبو هريرة عن النبي ﷺ قال: (لا تتركبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل)^(١). وأوردتُ الحديث في القسم المتفق على حرمة، لأن كلا من الفريقين لا ينازع في حرمة الحيلة إذا استحل بها المحارم، وإنما النزاع إذا كان المقصود بالحيلة الخروج من الحرام إلى الحلال.

المطلب الثالث

نسبة الحيل المحرمة للمذاهب الفقهية

أولاً: تبرئة وتنزيه الفقهاء والأئمة عن مثل هذه الحيل

ذكرت سابقاً أنه جرى نسبة الحيل للمذاهب طلباً لرواجها، وكذلك تم نسبتها للفقهاء والأئمة بأشخاصهم، ومن ذلك أن كثيراً منها ينسب إلى مذهب السادة الحنفية وهم منها براء، بل وقد ينسب بعضها للإمام أبي حنيفة رحمته الله وهو منها براء. ومما يذكر للفقهاء دفاعهم عن الفقه الإسلامي ورجاله، مع اختلافهم في المذاهب والرأي الفقهي، مما يدل على تَبْلُهُمْ وإِنصافهم، ومن ذلك دفاع ابن القيم عن أبي حنيفة ومذهبه، قال: «ثم إن هذا على مذهب أبي حنيفة وأصحابه أشد، فإنهم لا يأذنون في كلمات وأفعال دون ذلك بكثير، ويقولون إنها كفر، حتى قالوا: لو قال لرجل إني أريد أن أسلم، فقال له: اصبر ساعة، فقد كفر! فكيف بالأمر بإنشاء الكفر؟! وقالوا لو قال: مسيحد أو صغر لفظ مصحف كفر»^(٢).

(١) رواه الإمام عبدالله بن بطة في كتاب إبطال الحيل، مصدر سابق، ص ٤٧، وقال ابن تيمية في إسناده:

هذا إسناده جيد، يصحح مثله الترمذي وغيره تارة ويحسنه تارة. انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى،

مصدر سابق، ٣/١٢٣.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٣٤.

وقد أوضح السمرقندي مذهب الأحناف عند تناوله لهذه المسألة، فقال: «ومن أفتى لامرأة أن تكفر لتبين من زوجها فهو كافر بالله تعالى»^(١). ويبدو أن الذي دعا السمرقندي للتأكيد على مذهب الأحناف في هذه المسألة؛ أن هناك من ينسب هذه الحيلة للمذهب الحنفي، وهم من هذه الحيلة براء^(٢)، وقد ذكرنا سابقاً أن سبب نسبة الحيل المحرمة للأئمة إما تسويغها وإما ترويحها بين الناس.

ثانياً: كيفية نسبة هذه المسائل للمذاهب الفقهية :

وحقيقة الأمر أن هذا المفتي أو الواضع للحيل المحرمة إنما يعتمد إلى مسألة في المذهب ثم يخرج عليها حيلة، وهذا التخريج يكون بقلب المسألة إلى حيلة، ثم ينسبها للمذهب، وقد يدعي تخريج المسألة على أصول الإمام أو فتاواه زوراً، ونمثل لذلك بما يأتي:

١- مسألة طلاق المرتدة من زوجها فور ردتها عن الإسلام، وإنه لا يلزم إذنه ولا موافقته على الطلاق، فيجعل تلك المسألة أصلاً لحيلته، بأن يتخذها طريقاً لمن تريد التخلص من زوجها، ثم قد ينسب هذه الحيلة للمذهب القائل أن المرتدة تطلق فوراً، والمذهب في الحقيقة من هذه الحيلة بريء!

٢- مسألة التحيل على حد السرقة؛ فلدى مذهب الحنفية قول بعدم قطع السارق إذا ألقى المتاع ثم خرج وأخذه، فتقلب هذه المسألة إلى حيلة يعلموها السارق ليتخلصوا من حد قطع اليد، ومن قالها من الفقهاء في الأصل لم يوردها كحيلة، وإنما لدرء الحد بشبهة أنه لم يخرج بالمتاع من البيت، علماً أن المفتي به في المذهب الحنفي القطع ردعاً للتحيل^(٣). وهذا يؤكد براءة المذهب الحنفي من هذه الحيلة التي قد تنسب إليه.

(١) السمرقندي، جنة الأحكام وجنة الخصام، مصدر سابق، ص ٢١٧.

(٢) مثال ذلك ما نسب الزركشي لبعض الحنفية. انظر: الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر (ت ٧٩٤هـ)، المنثور في القواعد، دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق: محمد إسماعيل، الطبعة الأولى،

٢٠٠٠م، ج ١/ ص ٣٢٢.

(٣) انظر: المرغيباني، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج ٢/ ص ١٢٤.

٣- مسألة التحيل بإقرار المريض لوارثه؛ فالشافعي رحمته الله يجوز إقرار المريض لوارثه، ثقة بأن هذا المريض لن يشهد بزور وهو سيلاقي ربه، وإعمالاً لأصل البراءة في تصرفات الناس، فيركب التحيل من هذه المسألة حيلة لمن يريد أن يوصي إلى وارثه زيادة على حقه في الإرث، ويقول هذا جائز عند الشافعي رحمته الله، ولكن هذا كذب على الشافعي، فإنه لا يجوز الوصية للوارث بالتحيل عليها بالإقرار^(١). فالمتحيل إنما يأخذ صورة الفتوى عن الأئمة فيتوسل بها إلى ما منعوا منه، بتركيبها على أقوالهم، قال ابن تيمية: «إن المتأخرين أحدثوا حيلة لم يصح القول بها عن واحد من الأئمة، ونسبوا إلى مذهب الشافعي وغيره»^(٢).

المطلب الرابع

أمثلة على الحيل المحرمة

ومن الأمثلة على الحيل المحرمة:

أولاً: الحيل المتعلقة بالقضاء والجنايات^(٣) والمعاملات:

١- المسألة التي نقلها البعض و أنكرها سائر العلماء، وهي الحيلة لمن قتل أم زوجته وثبت عليه القصاص لزوجته ولا عصبه للمقتولة، فالحيلة له أن يقتل زوجته التي لها منه ولد، فيسقط القصاص في حق المقتولة الأولى، ولم يجب في حق الثانية، لأن ولي الدم ولده،

(١) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤١٧.

(٢) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٨٢.

(٣) الجنايات: ما يجنى من الشر، وهو كل فعل محذور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها، وخص عند الفقهاء بما يتعلق به القصاص. انظر: الجرجاني، علي بن محمد بن علي (ت ٨١٦هـ)، التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ، ص ١٠٧؛ والبعلي، شمس الدين محمد بن أبي الفتح الحنبلي (ت ٧٠٩هـ)، المطلع على أبواب المقنع، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٦٥م، ص ٣٥٦؛ والقونوي، قاسم بن عبد الله (ت ٩٧٨هـ)، أنيس الفقهاء، تحقيق: د. أحمد عبدالرزاق الكبيسي، دار الوفاء، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٠١هـ، ص ٢٩١.

والولد لا يقتص من أبيه، أو لا يقاد الوالد بولده، على رأي جمهور الفقهاء. وهذه الحيلة مع كونها افتراضية للغاية إلا أن مجرد تدوينها ونسبتها للفقهاء الإسلامي فيه تشجيع وتقبيح له، وفضاعة هذه الحيلة الافتراضية في كونها تسقط الحد بإضافة جريمة أخرى إليها، ولا نتصور أن أحداً من العقلاء ناهيك عن أحد من الفقهاء يمكن أن يتلفظ بهذا الكلام.

٢- ومن الحيل المعاصرة المتعلقة بالجنايات التحيل بادعاء الجاني المرض النفسي أو الجنون للتخلص من عقوبات الجناية أو الجريمة.

٣- التحيل بإدعاء الإفلاس أو الإعسار المالي للتخلص من الدائنين: ومن صور هذه الحيل في وقتنا المعاصر استخراج ما يثبت الإفلاس أو الإعسار، تهرباً من سداد الديون. وهذه الحيلة محرمة لأنها تنطوي على محرمين، الأول: القصد المحرم، وهو التحايل لعدم إعطاء الناس حقوقهم، والثاني: الوسيلة المحرمة، والوسيلة المحرمة تكون بإحدى أمرين؛ الأمر الأول: الإشهاد عليه بشهود الزور أو بتزوير الحقائق وسيلة محرمة، فتكون هذه الحيلة جمعت حرمة القصد والوسيلة. والأمر الثاني: المبيعات الوهمية لبيان الإفلاس وعدم التملك، وهي أيضاً من وسائل التحيل لعدم إعطاء الناس حقوقهم ببيع المتحيل ما يملك لبعض من يثق بهم، أو يهب ما عنده من نقود أو يأتمنها عند آخرين، فيظهر وكأنه لا يملك شيئاً، مما يسهل عليه ادعاء الإفلاس واستخراج وثيقة تثبت إفلاسه.

٤- الحيل عند الإفلاس والإعسار، والحجر على المدين لصالح الدائنين، فيقوم المدين بإحضار دائنين صوريين، وقصده أن يشاركوا الدائنين الحقيقيين في قسمة الأملاك، ثم يقوموا بدفع الأموال إليه^(١).

(١) استفدت هذه الحيل المعاصرة وما قبلها من القاضي الشرعي: أحمد بن عبدالله بن أحمد، في التاسع من شهر أكتوبر عام ٢٠١١ م.

٥- في البيع عندما يريد إبطال البيع بعد انعقاده فالحيلة له أن يدعي أن هذا المبيع لم يكن ملكا له وقت بيعه، أو لم يكن مأذونا له في التصرف، أو أنه كان محجورا عليه حال العقد، وقصده التخلص من العقد بهذه الحيلة المحرمة^(١).

ثانيا: الحيل المتعلقة بالأحوال الشخصية :

١- المسألة التي نقلت عن بعض من لا علاقة له بالفقه، في مسألة المرأة التي تريد الخلاص من زوجها، فأفتى لها بأن تتمكن المرأة نفسها من ابن زوجها، لينسخ نكاحها من الزوج، حيث تصير بذلك موطوءة لابنه، وكذا العكس بأن تتمكن نفسها من الأب، حيث تصبح زوجة الابن موطوءة للأب لينسخ نكاحها من الابن، واكتفى البعض بأن تقبل ابن زوجها بشهوة، أو تُقبل أبا زوجها بشهوة عند من يرى فسخ النكاح بذلك^(٢).

فيستعان لفسخ النكاح بالزنا ! ولا يخفى شناعة إيراد هذه المعاصي باسم الحيل الفقهية.

٢- إقرار المريض لأحد الورثة بهال، وهو كاذب، بقصد أن يزيد في حصته، وقد يحتال بأن يقر لابن بنته بشيء ليزيد في حصة ابنته، فقد قصد الحرام ومخالفة الشرع، واستخدم لذلك وسيلة محرمة هي الكذب أو شهود الزور.

٣- المريض بمرض موت و أراد أن يجرم زوجته من الإرث، وعلم أنه لو طلقها في مرض موته فإنها ترث للشبهة في قصده، فاحتال لذلك بأن أحضر شهودا وأقر لهم أنه إنما طلقها في زمن صحته، حيلة منه ليحرمها من الإرث، فهذه حيلة محرمة، ولا يعتبر بها، وتورث المرأة^(٣). وقد اجتمع بهذه الحيلة حرمة القصد وحرمة الوسيلة.

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ٣ / ٤١٧.

(٢) انظر: السمرقندي، جنة الأحكام وجنة الخصام، مصدر سابق، ص ٢٣١.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ٣ / ٢٤٦.

٤- ومن الحيل أيضا: أنه من طلق ثلاثا، وأراد أن يخرج من التحليل المحرم، فإنه يلجأ إلى الطعن في أصل صحة النكاح، بأن يطعن بكون الولي فاسقا أو فسق الشهود، وقد تدعي المرأة أنها لم تأذن للولي بالنكاح ابتداء. وغرضهم أنه متى طعنوا في صحة النكاح فقد تخلصوا من الطلاق، لأنه لا قيمة للطلاق والنكاح فاسد ابتداء، قال ابن القيم معلقا على بعض المفتين في زمانه لما رأهم يفتون بهذه الحيلة: «وقد كان النكاح صحيحا لما كان مقبيا معها عدة سنين، فلما أوقع الطلاق بالثلاث فسد النكاح؟!»^(١).

٥- زوجة أرادت أن لا تسافر مع زوجها، وليس لها عذر شرعي في ذلك، فأفتى لها بعضهم بأن تحتال لذلك بأن تقر لشخص بدين كبير، حتى يمنعها صاحب الحق من السفر، أو يقضيه الزوج، وهي تعلم عدم استطاعته ذلك، فهذه حيلة محرمة لأن فيها تعد على حق الزوج، وبوسيلة محرمة كذلك^(٢).

فهذه حيلة اجتمع فيها حرمة الفعل المخالف لما أمر الله به الزوجة من اتباع زوجها، وحرمة الوسيلة المحرمة بالكذب في هذا الإقرار^(٣).

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤١٧.

(٢) الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ٧٣.

(٣) انظر للاستزادة من الأمثلة: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٣٠٧.

المبحث الرابع

الحيل الجائزة اتفاقاً أو المخارج الفقهية

تناولت في هذا المبحث الحيل المتفق على جوازها أو المخارج الفقهية، فذكرت تعريف المخارج لغة ولدى الفقهاء، ثم ذكرت الأدلة الشرعية على جوازها، وضوابط جوازها لدى الفقهاء، ثم ذكرت تطبيقات عملية لأوجه الاستفادة من المخارج الفقهية.

المطلب الأول

تعريف المخارج الفقهية أو الحيل الجائزة اتفاقاً

القسم المتفق على جوازه من الحيل، أو ما يسمّى بالمخارج الفقهية؛ هو من الناحية التاريخية أول أقسام الحيل ظهوراً، وهو المفهوم الأول للحيل في الفترة الأولى، فالأصل في الحيل الفقهية أنها بدأت كمخارج من المأزق أو عند الضرورة، ثم تطور مفهوم الحيل، وسلك اتجاهات مغايرة عن نشأته، فظهرت الحيل الخلافية التي بها التوسل بمباح بقصد تغيير الحكم الشرعي، بينما مفهوم المخارج آنذاك لا يوجد به قصد تغيير للحكم الشرعي، لذا كان الفقهاء متفقين على الإفتاء بالمخارج الفقهية.

الضرع الأول: المراد بالمخارج في اللغة وعند الفقهاء:

أولاً: المخارج في اللغة

المخارج: جمع مخرج، و المخرج موضع الخروج، يقال: خرج مخرجاً حسناً وهذا مخرجه، والمخرج بالضم يكون مصدر أخرج، تقول أخرجته مخرجاً صدق وهذا مخرجه والاستخراج كالأستنباط^(١). والمخرج من الشيء: المخلص منه، ووجدت للأمر مخرجاً أي مخلصاً، و الخروج نقيض الدخول، وتقول العرب: فلان خراج ولاج: عند تأكيد الظرف والاحتياط، أو لكثرتة عند الرجل^(٢).

(١) انظر: الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب (ت ٧١٨هـ)، القاموس المحيط، مؤسسة

الرسالة، الطبعة السابعة، ٢٠٠٣ م، ص ٢٣٨.

(٢) انظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ٢/ ٢٤٩ و ٢٥٤.

ثانياً: المخارج لدى الفقهاء:

وعند الفقهاء: المخارج مصطلح يستخدم كترديد لمصطلح الحيل؛ لأنه المقصود من الحيل ونتيجتها، حيث إن الحيلة يقصد منها الخروج من الضيق والتخلص منه، وبعض الفقهاء يطلق مصطلح المخارج على الحيل الفقهية، والعكس صحيح، ولا فرق بينهما عنده في المعنى، والعرب تعبر عن المخرج من الشيء بالحيلة: يقال أعضل بي الأمر، إذا ضاقت به الحيل، فلم استطع الخروج منه.

فهناك اشتراك بين اللفظين في الاستخدام اللغوي، بل إنه يمكن القول أن لفظه المخارج من مرادفات الحيل في بعض المواضع.

وجاء في تعريف الشعبي رضي الله عنه التعبير عن الحيل بأنها مخرج من الحرام قال: «وإنما الحيل شيء يتخلص به الرجل من المآثم الحرام ويخرج به إلى الحلال»^(١). ومن نصوص الفقهاء في ذلك قولهم: «من يتق الله يجعل له مخرجاً، والحيل مخرج من المضائق»^(٢)، وهي مستقاة من قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾^(٣) ولا ريب أن هذه الحيل مخرج مما ضاق على الناس. قال ابن نجيم الحنفي: «واختلف مشايخنا رحمهم الله في التعبير عن ذلك، فاختر كثير التعبير بكتاب الحيل، واختر كثير كتاب المخارج»^(٤). وفي الجملة يراد بهذا القسم من الحيل: أن يحتال المرء للخروج من الضيق والحرج، أو للتوصل إلى الحق، أو على دفع الظلم أو منع وقوعه بطريق مباحة لم توضع موصلة إلى ذلك، بل

(١) انظر: الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ٤.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ٣/٣٢٨.

(٣) سورة الطلاق، الآية [٢].

(٤) ابن نجيم الحنفي؛ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم (ت ٩٧٠هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٨ م، ص ٤٤٣.

وضعت لغيره فيتخذها المرء طريقاً إلى هذا المقصود الصحيح، أو قد تكون قد وضعت له لكن تكون خفية لا يظن لها، ولا يقصد بذلك تغييراً أو إبطالاً للحكم الشرعي^(١).

وهذا التعريف اشتمل على أمور:

- ١- إنها مخرج وحيلة يقصد بها أمر مشروع، كخروج من الضيق أو حفظ للحقوق.
- ٢- إنها طرق خفية، تحتاج إلى فطنة وذكاء في استنباطها ومعرفتها، فليست الطرق الموصلة لهذه المخارج ظاهرة، وإلا لانتفت صفة الحيلة التي تطلق على الأمر الذي فيه نوع من الفطنة، وهنا نحتاج إلى فقه عميق، وقوة في الاستنباط.
- ٣- إنه لا يقصد بها تغييراً أو إبطالاً للحكم الشرعي، وإلا لكانت من جنس الحيل المختلف فيها.

ولو نظرنا في معظم تعريفات المجيزين للحيل، نجد أن هذه الحيلة ينطبق عليها معظم تعريفاتهم، كتعريف محمد بن الحسن: «إنما الحيلة في أن يأخذ بالحلال، ويجتال ليترك الحرام، فتلك الحيلة»^(٢). حيث يصدق على هذه الحيلة كونها مخرجا شرعياً من المضايق.

رابعاً: ما ينسب للحيل والمخارج وهو من باب الشروط في العقود:

إنه بسبب عدم الاتفاق على حد جامع مانع لموضوع للحيلة الفقهية تُسب لها بعض المسائل التي هي ألصق بابواب أخرى من الفقه، ومن ذلك مسائل تنسب للحيل الفقهية وهي أقرب لموضوع الشروط منها للحيل، ومثاله: المرأة التي تريد أن لا يخرجها زوجها من بلدها، لها أن تحتال لنفسها أو إن شئت قلت تحتاط لنفسها بأن تشترط في العقد أنه متى أخرجها فإن أمرها إليها، أي لها الحق في فسخ عقد النكاح، ويتكرر هذا النوع من الحيل لدى مذهب الحنفية، لأن المذهب الحنفي يضيق باب الشروط في العقود، وقد يفسد

(١) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ٣/٤٢٠.

(٢) محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مرجع سابق، ٢٤.

العقد بالشروط عندهم^(١)، فكانت هذه الحيلة هي المخرج لتلك المرأة، وهذه الحيلة من جنس الشروط في العقود.

الفرع الثاني: تفضيل بعض الفقهاء لفظ المخارج لهذا القسم :

إن سبب تفضيل الفقهاء المجيزين للحيل للفظ المخارج: لخلوّه مما ارتبط في الأذهان عن الحيل؛ فإن مسمى المخارج الشرعية أولى بالاستعمال من الحيل الفقهية، لذا قالوا: «ونسميه وجوه المخارج من المضائق ولا نسميه بالحيل التي ينفر الناس من اسمها!»^(٢)، وكذلك نلاحظ أن كتاب محمد بن الحسن الشيباني رحمته الله اسمه: المخارج في الحيل. فإن الحيلة أول ما يتبادر للذهن منها التحايل لإبطال الأوامر الشرعية، لذا قال ابن تيمية عن مصطلح الحيلة: «صارت في عرف الفقهاء إذا أُطلقت قُصد بها الحيل التي يستحل بها المحارم كحيل اليهود»^(٣).

وهذه النسبة إلى الفقهاء بإطلاقها ليست بدقيقة، ولعل ابن تيمية قصد بهذا عُرف الفقهاء المانعين للحيلة، إذ لا يخفى أن هناك من الفقهاء من يعتد بالحيلة ويأخذ بها من مختلف المذاهب، وقد كانت عبارة تلميذه ابن القيم أكثر دقة في ذلك، فقد قال ابن القيم بعد أن بين أنها تطلق على الطرق الخفية في الحصول على الغرض، قال: «وأخص من هذا تخصيصها بما يُذم من ذلك، وهذا هو الغالب في عرف الفقهاء المنكرين على الحيل»^(٤).

ويعزز ذلك ما ورد من نصوص و حكايات لأخبار أهل التحايل و الأمثلة التي تنقل عن بعض الفقهاء في الحيل التي لا يقرها جل الفقهاء.

(١) انظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ١٣ / ١٣.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ٣ / ١٨٩.

(٣) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ٤ / ١٩١.

(٤) ابن القيم، إغاثة اللهفان، مصدر سابق، ١ / ٣٨٥.

أما لفظ المخارج فإن الذهن لا يحمل عنه مثل هذه التبعات و الخلفيات التي تجعل السامع والقارئ ينفر منها ابتداءً، لذا نقل ابن نجيم عن بعض أئمة الحنفية قوله: «كذبوا على محمد ﷺ ليس له كتاب الحيل، وإنما هو الهرب من الحرام، والتخلص منه»^(١). وعليه فإن إطلاق لفظ المخارج الشرعية يتبادر منه إلى الذهن المخارج والحيل المشروعة، وإطلاق لفظ الحيلة يفهم منه الحيل والمخارج المحرمة، وأما من حيث الاستخدام لدى الفقهاء؛ فإن لفظة المخارج لا تكاد تستخدم أصلاً، والمواضع التي وردت فيها لفظة المخارج ومشتقاتها كـرديف أو بديل للفظة الحيل نادرة^(٢).

هل يمكن القول أن المخارج والحيل لفظان مترادفان في الاستخدام؟

لما سبق توضيحه لا يمكن القول بأنهما لفظان مترادفان على الإطلاق، وإنما يصح القول بالترادف لدى من يقول بجواز الحيلة الفقهية فقط، كالحنفية والشافعية، لكن لا يمكن تعميم هذا على بقية المذاهب المانعة للحيل، فيبقى الترادف في اللفظين في نطاق ضيق في دائرة الحيل المتفق على جوازها فقط، حيث يتفق الجميع أنها مخارج شرعية.

الضلع الثالث: موقع هذا النوع من الحيل من تقاسيم الفقهاء للحيل :

يدخل تحت الحيل الجائزة اتفاقاً قسماً :

القسم الأول: التحيل بالوسائل المباحة التي لم توضع للمقصود.

القسم الثاني: التحيل بالمشروع للوصول إلى المشروع. وتفصيلها كما يأتي:

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص ٤٤٣.

(٢) وجدت بالبحث والمقارنة عن استخدام الفقهاء للفظين؛ أن استخدام لفظ المخارج لا يصل حتى إلى خمسة بالمئة، وقد تم البحث بواسطة البرنامجين التاليين: مكتبة الفقه وأصوله، برنامج شركة التراث الحاسوبية؛ الجامع في الفقه الاسلامي، برامج شركة حرف الحاسوبية.

القسم الأول: الوسائل المباحة التي لم توضع للمقصود، ولا يقصد بهذه الوسيلة تغيير

الحكم الشرعي:

إن هذا القسم يصدق عليه مسمى المخرج الفقهي، ويلاحظ أنه يشترط كونه لا يقصد به تغيير للحكم الشرعي، وبهذا فرقنا بينه وبين الحيلة التي اختلف فيها، لأن سبب الخلاف وجود قصد تغيير الحكم الشرعي، وهنا لا يوجد هذا القصد.

القسم الثاني: التحيل بالمشروع للوصول إلى المشروع:

إن هذا القسم بعيد عن مصطلح الحيل الفقهية أو المخارج الفقهية، بل لعل علاقة له بموضوع بحثنا، وإنما يصدق عليها مسمى الحيلة اللغوية، ويراد بذلك التحيل مطلقاً للحصول على الشيء، وهو أن تكون الطريق مشروعة وما تفضي إليه مشروعاً، وقد وضعت الوسيلة لذلك المقصود ظاهراً، كعقد البيع لنقل الملك وإباحة الانتفاع^(١)، وإنما ذكرتها لاستيفاء جميع أنواع الحيل عند تقسيمها^(٢).

المطلب الثاني

الأدلة الشرعية على جواز المخارج الفقهية وضوابطها

اتفاق الفقهاء على وجود التحيل الجائزة:

لا يختلف الفقهاء - رغم ما بينهم من تباين في النظر إلى الحيل - على أن هناك نوعاً مشروعاً من الحيل الفقهية، وهو الذي ينطبق عليه المخرج الشرعي بلا خلاف، إذ إنه الخروج من الحرام إلى الحلال، أو من الضيق إلى السعة بطريقة جائزة، وتضييق دائرة هذا المشروع عند المالكية والحنبلية وتتسع عند الشافعية والحنفية.

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ٣ / ٤١٨.

(٢) المصدر نفسه، ٣ / ٢٨٨.

الضرع الأول: من الأدلة الشرعية على جواز هذا القسم :

الحيل الجائزة أو المخارج الفقهية هناك أدلة على جوازها من القرآن والسنة، وسنذكر

أهمها هنا حيث سنوردها مفصلة عند حديثنا عن الحيلة الفقهية المختلف فيها:

أولاً: من القرآن الكريم:

١- قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾^(١).

ووجه الدلالة: أن الحيل لا ريب أنها مخارج مما ضاق على الناس، فحين تشتد الحاجة

أو الضرورة للرجل يجد فيها مخرجاً مما وقع فيه من الضيق.

٢- قوله تعالى في قصة أيوب عليه السلام: ﴿وَحُذِّبِيكَ ضِعْثًا فَأَضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ

إِنَّا وَجَدْنَاهُ صَابِرًا نِعَمَ الْعَبْدِ إِنَّهُ أَوَّابٌ﴾^(٢).

وهذه الآية أصل في مشروعية الحيل، بمعنى المخارج، إذ أذن هذا من الله لنبيه أيوب

عليه السلام في التحلل من يمينه التي كان قد أقسم بها ليضربن زوجته ضربات متعددة،

وهي في العادة تكون متفرقة، ثم ندم وكره أن يضربها فرخص الله تعالى له، وأمره أن يبر

بواسطة أخذ الضغث بيده وضربها به ضربة واحدة، والضغث هو حزمة من الحشيش

ونحوه^(٣).

٣- الحيل التي في قصة يوسف عليه السلام، قال الله تعالى قاصاً قصة يوسف مع

إخوته: ﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَّازِهِمْ جَعَلَ السَّقَايَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذْنُ مُؤَدِّنٌ أَيُّهَا الْعَبْرُ

إِنكُمْ لَسَرِقُونَ. قَالُوا وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقَدُونَ. قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ

بِهِ جَمَلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ. قَالُوا تَاللَّهِ لَقَدْ عَلِمْتُمْ مَا جِئْنَا لِنُفْسِدَ فِي الْأَرْضِ وَمَا كُنَّا

(١) سورة الطلاق، الآية [٢].

(٢) سورة ص، الآية [٤٤].

(٣) انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ١٥/٢١٣.

سَرِقِينَ. قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ؟ إِنْ كُنْتُمْ كَذِبِينَ. قَالُوا جَزَاؤُهُ مَنْ وَجَدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ^١
 كَذَلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ. فَبَدَأَ بِأَوْعِيَّتِهِمْ قَبْلَ وَعَاءِ أُخِيهِ ثُمَّ اسْتَخْرَجَهَا مِنْ وَعَاءِ أُخِيهِ^٢
 كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ مَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ الْمَلِكِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مَن
 نَشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ^٣.

وفي هذه القصة دلالة على جواز الحيلة في التوصل إلى المباح واستخراج الحقوق، إذا لم تخالف الشريعة أو تهدم أصلاً من أصول الإسلام، بل ذكر الله تعالى أن ذلك الكيد من تدبير الله عز وجل لنبيه يوسف عليه السلام قال تعالى: ﴿كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ﴾، فحيل يوسف عليه السلام كلها من جنس المخارج الحسنة^(٢).

ثانياً: الأدلة من السنة:

١ - حديث التمر الجنيب، وفيه: (إن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءه بتمر جنيب^(٣)، فقال له: (أكل تمر خيبر هكذا؟) قال: لا، والله يا رسول الله، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: (لا تفعل، بع الجمع^(٤) بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً^(٥)).

(١) سورة يوسف، الآيات [٧٠-٧٦].

(٢) انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ٩ / ٢٣٦.

(٣) الجنيب: الجيد من التمر. انظر: الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ٧١.

(٤) الجمع: التمر الرديء أو الدقل. انظر: الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح،

عني بترتيبه: محمود خاطر بك، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. ط، ١٩٨١م، ص ٦٥.

(٥) حديث متفق عليه؛ رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٣٧٢، كتاب البيوع، باب إذا

أراد بيع تمر بتمر خير منه، ح: ٢٢٠١ ومسلم في صحيحه، مصدر سابق، ٣ / ١٢١٥، كتاب

المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، ح: ١٥٩٣.

فهنا دل النبي ﷺ الصحابي على المخرج الشرعي إذا رغب في التمر الجيد وكان عنده تمر رديء بأن يبيع التمر الرديء، ثم يستحصل النقود ويشترى بها التمر الجيد. وعلق الخصاف على هذا الحديث، قال: «فقد أمره رسول الله ﷺ أن يشتري التمر بالدرهم ونهاه أن يكون التمر وأحدهما أكثر من صاحبه، ليخرج بذلك فيما لا يحل إلى ما يحل، فافهموا ما أراد بذلك: الخروج من الإثم إلى الحق!»^(١).

٢- حديث المُخَدَّج، فعن سعيد بن سعد بن عبادة قال: كان بين أبياتنا رويجبل ضعيف مخدج فلم يروع الحي إلا وهو على أمة من إمائهم يخبث بها، قال: فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله ﷺ، وكان ذلك الرجل مسلماً، فقال: (اضربوه حده). فقال: يا رسول الله، إنه أضعف مما تحسب، لو ضربناه مئة قتلناه! فقال: (خذوا له مئة شمراخ، ثم اضربوه به ضربة واحدة. ففعلوا)^(٢). وفي رواية: (لو حملناه إليك لفسخت عظامه)^(٣). والعثكال هو الشمراخ، وهو ما يحمل الرطب، أو العنب^(٤)، أي أنه لا يؤذي عند الضرب به لليونته وخفته.

ووجه الدلالة في الحديث: إن الضرب بالعثكال هو بدل عن الحد الذي أمرهم النبي ﷺ أن يضربوه، وهي واسطة شرعها الله تعالى للتوصل إلى إسقاط الحد في حق مثل هذا الرجل الضعيف، وقد استخدمت هذه الحيلة للتخفيف بسبب الضرورة.

(١) الخصاف، كتاب الحيل، مصدر سابق، ٤.

(٢) رواه أبو داود وابن ماجه، انظر:

سنن أبي داود، مصدر سابق، ٤ / ١٦١، كتاب الحدود، باب في إقامة الحد على المريض، ح: ٤٤٧٢.

سنن ابن ماجه، مصدر سابق، ٢ / ٨٥٩، كتاب الحدود، باب الكبير والمريض يجب عليه الحد، ح:

٢٥٧٤.

(٣) جاءت في رواية أبي داود، انظر السابق.

(٤) انظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ٢٥٤.

ثالثاً: كلام الفقهاء في جواز المخارج الفقهية:

وكما تم توضيحه سابقاً ؛ فإن المخارج الفقهية هي أصل ومبدأ الحيل الفقهية، لكنها تحولت بعد ذلك إلى مسار آخر اختلف الفقهاء في حكمها، ومن أقوال الفقهاء التي تبين أن مرادهم بالحيل آنذاك المخارج الفقهية ما نقل عن الشعبي رضي الله عنه، قال: «لا بأس بالحيل فيما يحل ويجوز، وإنما الحيل شيء يتخلص به الرجل من المأثم والحرام، ويخرج به إلى الحلال، فما كان من هذا ونحوه فلا بأس به، وإنما يكره من ذلك أن يحتال الرجل في حق الرجل حتى يبطله أو يحتال في باطل حتى يموهه، أو يحتال في شيء حتى يدخل فيه شبهة»^(١). وقريب منه ما قاله محمد بن الحسن رضي الله عنه: «من احتال ليدخل عليه في دينه مكروه لم يحتل ولم يعد منه ذلك حيلة ؛ إنها الحيلة في أن يأخذ بالحلال، ويحتال ليترك الحرام، فتلك الحيلة»^(٢). فنجد وصفها للحيلة بمعنى المخرج الفقهي المتفق على جوازه. وكذلك ابن القيم رحمته الله فقد بين أن المخرج الفقهي: «أن يظهر قولاً أو فعلاً مقصوده به مقصود صالح، وإن كان ظاهره خلاف ما قصد به، إذا كانت به مصلحة دينية، مثل دفع الظلم عن نفسه، أو غيره، أو إبطال حيلة محرمة»^(٣). وقد أورد ابن القيم أكثر من مئة حيلة من هذا النوع، شملت معظم أبواب الفقه^(٤).

وكذلك يرى حتى المانعين للحيل في الجملة من فقهاء المالكية والحنابلة أنه ينبغي للفقهاء أن يرشد المستفتي إلى هذه المخارج أو الحيل إعانة لهذا المستفتي وتيسيراً عليه ؛ فعند المالكية: «إذا صح قصد المفتي واحتسب في طلب حيلة لا شبهة فيها ولا تجر إلى مفسدة ليخلص بها المفتي من ورطة يمين أو نحوها فذلك حسن جميل»^(٥).

(١) الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ٤.

(٢) محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٣) ابن القيم، إغاثة اللفهان، مصدر سابق، ١ / ٣٨٨.

(٤) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ٣ / ٤٢١ حتى ٤ / ١٤٣.

(٥) المغربي؛ محمد بن عبد الرحمن المالكي (ت ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، الطبعة

الثانية، ١٣٩٨هـ، ٦ / ٩٢.

وعند الحنابلة: «إن حسن قصده في حيلة لا شبهة فيها ولا مفسدة ليخلص بها حالفا من يمينه كقصة أيوب عليه السلام جاز، ويحرم التحيل لتحليل حرام أو تحريم حلال بلا ضرورة»^(١).

الضلع الثاني: ضوابط جواز المخارج الفقهية أو الحيل الجائزة اتفاقاً:

للحكم على أي حيلة بأنها من القسم الجائز اتفاقاً لا بد أن تتحقق فيها ضوابط ذكرها الفقهاء، وهذه الضوابط يمكن جعلها معايير للتحليل المتفق على جوازها، وقد أورد الفقهاء هذه الضوابط متفرقة؛ إذ كل فقيه يذكر ما يراه شرطاً لجواز الحيلة عنده، وبجمع هذه الضوابط يمكن القول أن الحيلة إذا توفرت بها هذه الضوابط والشروط فإنها جائزة اتفاقاً عند العلماء، ومجمل الضوابط التي اشترطها الفقهاء للقول بالجواز تتضمن ما يأتي:

١- أن لا تتعارض مع نصوص الشرع من الكتاب والسنة، وهو أمر لا يختلف فيه، ومر معنا في الحيل المحرمة أمثلة لذلك.

٢- أن لا يقصد بالحيلة تغييراً للحكم الشرعي بأن يجلل الحرام بهذه الوساطة المشروعة فمتى وجد القصد إلى ذلك كانت الحيلة محل خلاف بين الفقهاء، وستأتي في الفصل القادم.

٣- أن لا تتعارض مع المقاصد الشرعية، ومثالها: أي تصرف يقوم به لمنع الزكاة من مستحقيها، فهذا التصرف يتناقض مع مقاصد الشريعة في إيجاب الزكاة، حيث وضعت الزكاة رحمة بالفقير، وحماية للمجتمع، لذا لا تصح هذه الحيلة لما فيها من تضييع للتكافل.

٤- أن لا يكون فيها اعتداء على حق أحد أو ظلم له، فهنا تحرم لأنها تؤدي إلى محرم، وسبق بيان ذلك في القسم المحرم من الحيل.

(١) إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي (ت ٨٨٤هـ)، المبدع، المكتب الإسلامي، بيروت، د.ط،

١٤٠٠هـ، ٢٥/١٠.

٥- أن تكون الوسطة فيها مشروعة، وأن لم تكن وضعت لهذا السبب، أي لا تكون محرمة في ذاتها كإحضار شهود زور، أو الحلف بيمين كذب.

٦- أن لا تتعدى المعاملات إلى العبادات، فلم يقل أحد بجواز الحيل في العبادات التي بين العبد والرب، قال ابن القيم مبينا ضوابط جواز الحيل عنده: «وهكذا الحيلة في جميع هذا الباب، وهي حيلة جائزة؛ فإنها لم تتضمن إسقاط حق، ولا تحريم حلال، ولا تحليل حرام»^(١).

وقال الشاطبي مبينا ضوابط جواز الحيل عنده: «فإن فرضنا أن الحيلة لا تهدم أصلا شرعيا، ولا تناقض مصلحة شهد الشرع باعتبارها فغير داخله في النهي ولا هي باطلة»^(٢).

أما القائلون بجواز الحيل عموما فإنهم ينصّون كذلك على شرط انتفاء الظلم أو إلحاق الضرر بالآخرين فيها، وإلا تكون حيلة ممنوعة^(٣).

فهذه الضوابط التي اتفق الفقهاء على لزوم توفرها في الحيلة لتكون جائزة، ولو انتفى أحدها فإنها تنتقل للحيل المحرمة أو للحيل المختلف فيها، وتصلح أن تكون معايير للحكم على الحيلة.

وبلا شك أن النظر لآحاد المسائل يتفاوت من فقيه لآخر، فما يراه فقيه مفوت لمقصد شرعي قد لا يراه آخر كذلك، فإن النظر للمسائل يختلف باختلاف الزاوية التي ينظر منها الفقيه، وهذا مما يستحيل الاتفاق عليه، لذا تجد الخلاف في حكم الحيلة الفقهية في المذهب الواحد ما بين مجيز ومانع لها.

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ٤ / ٢٩.

(٢) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ٢ / ٣٨٧.

(٣) انظر: الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ٤.

المطلب الثالث

تطبيقات لأوجه الاستفادة من المخارج الفقهية أو الحيل الجائزة

أذكر هنا الجوانب التطبيقية والعملية التي يمكن للفقيه أن يستفيد بها من فقه الحيل الجائزة أو المخارج الشرعية، فإنه متى توفرت ضوابط جواز الحيلة الفقهية كان لعقل المفتي الحرية في الاستفادة من هذا الباب، لما فيه من التيسير ورفع الحرج. قال محمد أبوزهرة رحمته الله عن هذه الحيل واستخداماتها: «فحيل أولئك الأئمة الأجلاء ما كانت لهدم مقصد الشارع وجعل الظاهر فقط موافقا، بل كانت لتحقيق الأغراض الشرعية و تسهيلها وتيسير التكلف ودفع الحرج، فكانت فقهها جيدا وتطبيقا مرنًا لقواعد العقود وشروطها»^(١).

ومقاصد أو بواعث الحيل الجائزة تدور على أمور^(٢):

- ١ - حيلة باعثها الإرشاد إلى التصرف الشرعي الجالب للمصلحة.
- ٢ - حيلة باعثها التخلص من مأزق أو ضيق.
- ٣ - حيلة باعثها دفع الظلم والمكر حتى لا يقع.
- ٤ - حيلة باعثها رفع الظلم أو المكر بعد وقوعه.

فالحيل الجائزة تدور على هذه البواعث، وبفقه هذه البواعث يمكن الاستفادة من الحيل^(٣).

وأتناول هذه البواعث بالتفصيل مع التمثيل لها:

(١) انظر: محمد أبوزهرة: أبو حنيفة، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، ١٩٩٧ م، ص ٣٧٩.

(٢) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣ / ص ٤٢١.

(٣) أبو زهرة رحمته الله له تقسيم آخر، يتفق مع الذي ما أوردته في أمور. انظر: أبو زهرة، أبو حنيفة، مرجع سابق، ص ٣٧٠.

القسم الأول: حيل باعثها الإرشاد إلى التصرف الشرعي الجالب للمصلحة:

هو التصرف الذي يقي المسلم من الوقوع في الحرام، ومخرج له في ذات الوقت من العنت أو ضيق العيش. فهي دلالة له على التصرف الصحيح الذي قد يخفى على عامة الناس، وهو موافق للشرع.

وفي باب المعاملات نجد تطبيقه في حديث التمر الجنيب الذي مر في الأدلة، حيث دل النبي ﷺ الصحابة على التصرف الصحيح عند رغبتهم في الحصول على التمر الجيد دون الوقوع في الربا. وهذه المصالح التي قد تخفى مسالكها ولا يظفر بها إلا من تأمل بها أو أرشده من يعلمها، والدلالة له لهذه الحيلة مع كونها شرعية وأسهل له في تحقيق المصلحة، إلا أنها لخفائها قد تغيب عنه. ومن أمثلتها:

١- حيلة لمن لديه أم، ولا وارث له إلا هي، وخشي عليها لو مات من الحاجة، وكان له عقار وخشي أن يشاركها العصبه فيه، أو يؤذوها، وأراد أن يؤمن لها سكنها أو ما يكفيها لو جرى له شيء، فالحيلة له أن يبيعها هذا العقار ويملكها إياه بأي ثمن، ثم يرجع الثمن لها، فإن ماتت قبله ورثها، وإن مات قبلها حصل له المراد، وهذه حيلة حسنة، فيها مراعاة لحق الأم والشفقة عليها^(١).

٢- حيلة لمن لا وارث له إذا أراد أن يهب ماله كله بعد وفاته للفقراء، وهذه المسألة تخص من لا وارث له، وأراد أن يوصي بجميع ما يملك للفقراء، وخاف أن لا ينفذ الحاكم ذلك بأن ينفذ الثلث فقط، فالحيلة له: أن يبيع لشخص يثق به جميع ما يملك، فيتحول ملكه بعد موته لهذا الشخص، ثم يتبرع هذا الشخص بهذا المال للفقراء^(٢).

(١) انظر: محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مرجع سابق، ص ٣٨.

(٢) انظر: الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ٩١.

وذكر الفقهاء حيلة مضافة لهذه الحيلة خروجاً من مأزق أن يحلفه الحاكم أن هذا البيع حقيقي وليس صورياً، فيقوم الموصي بشراء دار أو عقار مقابل هذا المال، ثم يرجعه إليه، فهذا يسع هذا الشخص أن يحلف ولا حرج أن هذا المال انتقل إليه مقابل بيعه لعقار، ومن أورد هذه الحيلة ابن القيم رحمه الله، ويرى أن هذه من جنس الحيل الجائزة التي تتحقق بها مصلحة شرعية ولا يقع بها مفسدة، ولو تأملنا في هذه الحيلة: لوجدنا الوسيلة جائزة، وإذا تأملنا موافقة الحيلة للمقصد الشرعي فالمصلحة متحققة بهذه الحيلة لما فيها من مصلحة الإعانة للفقراء، وهي مصلحة معتبرة، وليس في هذه الحيلة أي اعتداء على حق لوارث إذ لا ورثة هنا والمتبرع مالك للمال، فليس بمعتد^(١).

٣- حيلة للتحوط في مسألة بيع المرابحة للأمر بالشراء: وصورة هذه المسألة أن رجلاً سأل آخر أن يشتري داراً حددتها له، على أن يشتريها منه مرابحة بعد ذلك، وخشي الشخص الثاني أنه بعد أن يشتري تلك الدار أن لا يفي له بوعده بالشراء، ولا سبيل للإلزامه، فالحيلة في ذلك أنه يشتريها من مالكها ويشترط لنفسه الخيار ثلاثة أيام، فإن اشتراها منه الأول أمضى البيع، وإن لم يتم الأول وعده بالشراء أعادها على مالكها بشرط الخيار، وهذه الحيلة هي من قبيل التصرف الحسن، بحيث احتاط لنفسه وحمى مصلحته باشتراطه لخيار البيع^(٢).

٤- حيلة لمن أراد أن يوقف وهو حي، وهو محتاج إلى ريع الوقف: ومن أراد أن يوقف عقاراً له، ويستفيد من غلته ما دام حياً، فالحيلة أن يكتب في صك الوقف أنه يتصرف منفرداً في غلة العقار ما دام حياً، ثم بعد وفاته فالناظر على الوقف فلان، ويتصرف بها في الوجوه المحددة للوقف، وبهذا أثبت وقوع الوقف واستفاد من الغلة^(٣).

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٤ / ص ٥٣.

(٢) انظر: محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٣) انظر: السمرقندي، جنة الأحكام وجنة الخصام، مصدر سابق، ص ٣١٣.

٥- ومن هذا القسم أيضا؛ إرشاد من يكثر حلفه إلى الاستثناء، بقوله: «والله أفعل كذا إن شاء الله، فلا يحنث إن لم يفعل»^(١)، ومنه أيضا أن يحلف بما يخوف أهل بيته، ويقصد به أمرا آخر، فيحصل له مقصوده من ترهيبهم مما لا يرضاه، ولو فعلوه لم يقع ما ظنوا أنه حلف عليه، لتوريطه أو تغييره اللفظ حال حلفه. وقد جعل بعض الفقهاء لذلك بابا، باسم: "المخارج في التخلص من مضائق الأيمان"، قال: «المخارج: أي التخلص من مضائق الأيمان، في ما يجوز استعماله حال عقد اليمين و في ما يتخلص به من المآثم، أي إثم الكذب في كلامه، وما يتخلص به من الحنث في حلفه، إذا أراد تخويف امرأته بالطلاق، فقال لها: إن خرجت من دارها: أنت طالق ثلاثا إن خرجت من الدار إلا بإذني، ونوى بقلبه بطالق: طالق من وثاق بفتح الواو وكسرهما أي قيد، أو طالق من العمل الفلاني كالحياطة والغزل والتطريز»^(٢). وذكر محمد بن الحسن فيمن حلفته زوجته أن كل امرأة يتزوجها فهي طالق، أنه يقول لها: نعب، بدل نعم! وتظن المرأة أنه إنما قال: نعم^(٣).

القسم الثاني: حيل باعثها الخروج من المأزق والضيق:

إن الأمثلة للحيل التي هي مخارج من المضائق كثيرة، لأنها من أعظم بواعث الحيل الفقهية، وتتكرر في حال عامة الناس، وهنا الحيل الفقهية كانت تؤدي دورا في التخلص من تبعات تصرف أو قول لم يفكر صاحبه في تبعاته ومآلاته قبل الإقدام عليه، وقد تكون من تبعات تصرفه هدم بيوت أو تفريق أسر أو إفقار للرجل نفسه، ومن أمثلة هذه الحيل:

(١) المصدر نفسه، ص ٢٦٣.

(٢) انظر: البهوتي، منصور بن يونس (ت ١٠٥١هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال

مصيلحي، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤٠٢هـ، ج ٥/ ص ٣٢٦.

(٣) محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مرجع سابق، ص ٤٥.

١ - حيلة لمن حلف على امرأته بالطلاق إن صعدت السلم أو إن نزلته فهي طالق، فمتى حلف رجل على امرأته وهي فوق درجات السلم، أنها طالق إن صعدت وطالق إن نزلت، ثم ندم، وطلب المخرج فإن المذاهب الفقهية تناولت هذه القضية وذكرت مخرج لها، فالمذهب الحنفي لدى فقهاءه مخرج من هذا، وكذلك لدى كل من المذهب الشافعي والحنبلي أيضاً، مع كون المذهب الحنبلي يضيق باب الحيل، إلا أنك تجد في هذه المسألة من فقهاء المذهب الحنبلي من يرى جواز التحيل له للخروج من هذا المأزق، فعند المذهب الحنفي يرون أن المرأة إن حُملت عن السلم فلا حرج^(١)، وعند الشافعية أنها لو وثبت أو أضجع السلم على الأرض لم يحنث^(٢)، وعند الحنابلة أنها لو انتقلت إلى سلم آخر يوضع لها لم يحنث^(٣)، ويوجد حيل أو مخرج أخرى قريبة من ذلك، كلها للخروج من هذا المأزق.

ولو تأملت هذه المخرج تجدها لا تغير حكماً شرعياً، ولا تخالف النصوص أو المقاصد الشرعية، مع تحقيقها لمصلحة تجنب الطلاق والفراق، فينطبق عليها معنى المخرج الشرعي للتخلص من الحرج.

٢ - حيلة حسنة للإمام أبي حنيفة، فقد سئل عن امرأة قال لها زوجها أنت طالق ثلاثاً إن سألتني الخلع ولم أخلعك؟ وقالت المرأة: أمتي حرة إن لم أسألك ذلك قبل الليل. فجاء أبا حنيفة جميعاً، فقال أبو حنيفة للمرأة: سليه الخلع. فقالت لزوجها: إني أسألك الخلع. فقال أبو حنيفة لزوجها: قل قد خلعتك على ألف درهم تعطينيها. فقال لها الزوج

(١) محمد بن الحسن، المخرج في الحيل، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

(٢) انظر: النووي، يحيى بن شرف، (ت ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي

معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، ج ٦/ ص ١٥٩.

(٣) انظر: البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج ٥/ ص ٣٢٢.

ذلك. فقال أبو حنيفة: قولي: فإني لا أقبل. فقالت ذلك. فقال أبو حنيفة: قومي مع زوجك فقد بر كل واحد منكما ولم يحدث في شيء^(١). فالمخرج هنا لطيف، ويحتاج لفقيه فطن مثل أبي حنيفة رحمته الله، وقد حافظ بهذا المخرج على هذا البيت من أن يهدم، وقد أورد ابن القيم هذه القصة، وأقر هذه الحيلة، وعلل عدم الحث بأنها طلبت الخلع، وهو وافق بشرطه، وهي رفضت، فلم يقع الحث لأن كلا منهما قام بالفعل الذي حلف عليه، ولم يقع الخلع لأنها لم توافق على أن تدفع ما طلب^(٢).

٣- القصة المشهورة لأبي حنيفة مع الشابين الذين أدخل كل واحد منهما على عروس أخيه: فقد سئل أبو حنيفة عن أخوين تزوجا أختين، فزفت كل واحدة منهما إلى زوج أختها، ولم يعلموا حتى أصبحوا، فذكر ذلك لأبي حنيفة، فسأل الشابين: هل رضي كل واحد منهما بالمرأة التي دخل بها؟ فقالا: نعم. فقال أبو حنيفة: ليطلق كل واحد من الأخوين امرأته التي عقد عليها تطليقة، ثم يتزوج كل واحد المرأة التي دخل بها مكانها^(٣).

فكان بهذه الحيلة والمخرج الحسن انفراج للكرب الذي أصاب هؤلاء الناس، وقد استحسّن ابن القيم رحمته الله هذه الحيلة، قال: «وهذه الحيلة في غاية اللطف، فإن المرأة التي دخل بها كل قد وطئها بشبهة؛ فله أن ينكحها في عدتها، فإنه لا يصابن ماؤه عن مائه»^(٤). ولا يخفى ما في هذه الحيلة من تأليف لقلوب الأخوين حيث خرجا من حرج أن كلا منهما دخل على زوجة أخيه وهذا لا يخفى ما فيه من حرج في مستقبل العلاقة بينهما.

(١) انظر: محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مرجع سابق، ص ٤٨.

(٢) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤٧٧.

(٣) انظر: محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٤) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤٧٧.

وهذا القسم من الحيل فيه الكثير من الأمثلة والمسائل لدى المتوسعين في الحيل الفقهية، وعند الأحناف خصوصاً، لذا تجد بعض الفقهاء الأحناف يصدر عن الحيلة بقولهم: المخرج من هذا المأزق.

القسم الثالث: حيل باعثها التوثيق للعقود والعهود، أو دفع الظلم والمكر حتى لا يقع:

هذا القسم يتضمن الحيل التي باعثها حماية المرء نفسه أو حماية حقوقه، ومن ذلك توثيقه للعقود بينه وبين الناس، وأصل هذا الباعث حديث الرجل الذي يخدع، فاشتكى للنبي ﷺ ذلك، فأوصاه النبي ﷺ أن يشترط لنفسه، بقوله: (لا خلابة)^(١)، أي لا خداع؛ بحيث له حق الفسخ إذا ثبت الخداع، ومثله شرط الخيار في البيع، ومثله أيضاً أي شرط يضعه المرء في العقد حتى يضمن حقه أو تطبيق ما اتفق عليه، وحتى أن الإمام ابن تيمية الذي شدد النكير على الحيل نص على شرعية هذا النوع، قال: «وبالجملية يجوز للإنسان أن يظهر قولاً أو فعلاً مقصوداً به صالح نفسه أو عن مسلم أو دفع الكفار عن المسلمين، أو الاحتيال على إبطال حيلة محرمة، أو نحو ذلك فهذه حيلة جائزة»^(٢). ومن أمثلة الحيل الحسنة التي فيها حفظ للحقوق، والتحرز من المكر:

١- حيلة للمرأة إذا خشيت من زوجها أن يسافر ويطيل غيابه، وتتضرر بذلك، فإنها تشترط أن أمرها بيدها، فلها أن تطلق نفسها منه متى سافر وطالت غيبته ولا تدري أين هو^(٣). وهذه بلا شك حيلة ومخرج حسن فيه دفع للضرر عن المرأة.

(١) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ١٢٣٩، كتاب الحيل، باب ما ينهي من الخداع في البيوع، ح: ٦٩٦٤. ورواه مسلم في صحيحه، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١١٦٥، باب من يخدع في البيع.

(٢) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٩٢.

(٣) محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مصدر سابق، ص ٤٨.

ومن الحيل المشابهة لها: أنه إذا خافت امرأة أن يخرجها زوجها من بلدها؛ أنها تشتترط عليه أنه إن حملها من بلدها فأمرها بيدها، أي لها الحق أن تطلق نفسها منه^(١)، وهي حيلة لا تتعارض مع مقاصد الشريعة أو نصوصها، مع تحقيقها لمصلحة متيقنة.

وقد أورد ابن القيم عدة مسائل تضم إلى ما سبق، المخرج منها ما أسلفنا من اشتراط المرأة أن أمرها بيدها، فلها أن تطلق نفسها متى ما شاءت؛ فمثلا لو خافت المرأة أن يكون الرجل كذب عليها بأن ادعى أنه غني وهو فقير، أو ادعى أنه متعلم وظهر أنه أمي، أو به مرض أو عيب خلقي وقد ادعى السلامة، أو وعدا أن لا يتزوج عليها ثم أخلف وعده، قال ابن القيم مبينا الفائدة من هذه الحيلة: «لا بأس بهذه الحيلة، فإن المرأة تتخلص بها من نكاح من لم ترض بنكاحه، وتستغني بها عن رفع أمرها إلى الحاكم ليفسخ نكاحه بالغيبه أو الإعسار ونحوهما»^(٢).

٢- ومثال آخر: حيلة لرجل له دين على رجل، فأراد المدين أن يحيل الدائن على شخص ثالث له، وخشي صاحب الدين أن لا يوفيه الآخر فيضيع حقه، والمخرج هنا أو الحيلة أن يوكله بقبض ماله الذي له على الشخص الثالث، فإن قبض المبلغ رجع منه بهاله على الأول، وإن عجز عن الاستيفاء بقي حقه ثابتا على الأول^(٣)، فهنا لا يوجد معارضة لنص أو لمقصد شرعي، ويوجد مصلحة لصاحب المال محققة، والحيلة هذه تضمن بقاء حق الدائن على المدين، فلا يضيع بالإحالة على الطرف الثالث، ويصلح هنا كذلك مثال شراء الدار مرابحة السابق ذكره، لأن فيه أيضا دفع الضرر أو الاحتيال عن نفسه، في حال كانت نية الأمر بالشراء الاحتيال عليه ليشتري الدار، ثم لا يفني بوعده بالشراء.

(١) المصدر نفسه، ص ٤٨.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤٧٨.

(٣) محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مرجع سابق، ص ٧٧.

٣- حيلة لمن استأجر عقارا أو مزرعة، وأراد أن يعمرهما، وخشي أن يحصل شيء يُنقض به عقد الإيجار، ويخسر ماله وجهده؛ فالحيلة له أن يجعل الأجرة لأول سنوات العقد قليلة، ويجعل الأجرة الكبيرة للسنوات الأخيرة في العقد، وبهذا يأمن الخسارة^(١).

٤- ومن الحيل التي فيها إثبات لحق بحيلة جائزة؛ أنه إذا كان لأحد الورثة كابنه أو زوجته دين وخشي إن أقر له بدينه أن لا ينفذ إقراره لشبهة كونه حال مرض موته يقصد زيادة نصيب وريثه، فالحيلة أن يقر بالدين لغير وارث، ويقر هذا الأجنبي لهذا الورث بالمبلغ الذي أقر له به المورث، فبهذا يصل المورث إلى إبراء ذمته. فهذه الحيلة فيها تحقيق مصلحة، ودفع الضرر عن هذا الوارث بضياح حقه.

القسم الرابع: حيل باعثها رفع الظلم أو المكر بعد وقوعه :

إن أصل هذه القسم ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: (جاء رجل إلى النبي ﷺ يشكو جاره، فقال: (اذهب فاصبر). فأتاه مرتين أو ثلاثا، فقال: (اذهب فاطرح متاعك في الطريق). فطرح متاعه في الطريق، فجعل الناس يسألونه فيخبرهم خبره، فجعل الناس يلعنونه، فعل الله به وفعل وفعل، فجاء إليه جاره فقال له: ارجع لا ترى مني شيئا تكرهه^(٢).

ومن الأمثلة على حيل هذا الباعث:

١- حيلة لمن كان له حق على رجل وهو مختف أو غائب، وهذا الرجل الغائب له دين على رجل آخر، وهو يطلبه به، ثم يتواري، فالحيلة أن يوكل المدين الثاني بأن يقبض له ماله

(١) انظر: الخصاف، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٢) رواه أبو داود في سننه، مصدر سابق، ج ٤/ص ٣٣٩، كتاب الأدب، باب في حق الجوار، ح: ٥١٥٣.

من الرجل الغائب، ويكون الاستحقاق بينها مقاصة، فيحصل له أن يطلب ماله من المدين الثاني^(١).

٢- حيلة لرجل غصب رجل آخر عقاره أو ضيعته، والغاصب ينكر حقه في العلن، ويقره في السر، فالحيلة له: أن يبيع ضيعته ممن يثق به، ويشهد على ذلك عدولا، ثم يبيعها لذلك الغاصب ويشهد على البيع، ويكون بين البيعتين مدة واضحة للفرقة بين البيعتين زمنا، ثم يرفعها للحاكم و فيحكم بها لمن اشترى أولا، ويعيد الثمن للغاصب^(٢).

٣- ومن الأمثلة: ما رواه محمد بن الحسن عن أبي حنيفة أنه سئل عن رجل دخل عليه اللصوص، فأخذوا ماله واستحلفوه بالطلاق والعتاق لا يخبر أحدا أنهم سرقوه أبدا، فشكا ذلك إلى أبي حنيفة، فأرسل أبو حنيفة على خيار الحي الذي هو فيه، فقال لهم: إن اللصوص دخلوا على هذا الرجل وقد حلف أن لا يذكرهم، فلا تدعوا أحدا من رجال هذا الحي الذي أنتم فيه إلا أدخلتموه مسجداكم هذا أو دارا، ثم اخرجوا واحدا واحدا، ثم تقولون للمسروق: هذا منهم؟ فإن كان منهم فاسكت أيها المسروق، وإن لم يكن منهم، فقل: ليس منهم! ففعلوا ذلك، فظفروا بهال وورد عليه^(٣). فهذه الحيلة رفع بها الظلم عن هذا الرجل المسروق، وأخرجه من الحرج لكونه حلف بالطلاق والعتاق.

٤- حيلة لمن عليه دين مؤجل، وادعى عليه الطالب حالا: فلو أن رجلا عليه مال مؤجل، وادعى عليه صاحب المال أنه حال، وقدمه إلى القضاء، وخاف أنه لو أقر بدين مؤجل أن لا يصدق على الأجل، وهو لا ينكر الحق، لكن الأجل لم يحل ولا شهود على

(١) انظر: الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ٣٨.

(٢) انظر: الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ٣٩.

(٣) انظر: محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مرجع سابق، ص ٤٣.

ذلك، فالحيلة له أن يقول للقاضي: سله عن الدين الذي يدعي علي مؤجلاً أم معجلاً؟
فإن قال الطالب: أنا أدعي مالا حالاً، فله أن ينكر، و يحلف أن ليس لك علي مال حال.
فإن قال: أنا أدعي عليكم مؤجلاً، فقد وجد مقصوده^(١).

فهذه الحيلة مخرج لهذا الرجل، حيث أراد الدائن الإضرار به بتعجيل الدين أو الحق
الذي لم يجل أجله، ولا يخفى أن الأجل في المداينات معتبر، لذا كان له دفع الظلم بهذه
الحيلة التي لم يكتنفها إثم، ولم يقصد منها إضاعة حق ثابت، ولم يكن فيها شيء من الكذب
أو الزور.

٥- ومن ذلك انه إذا علم أن رجلين يشهدان عليه زورا، فله أن يحتال بأن يخاصمهما
لدى الحاكم، فعليه لا يقبل القاضي شهادتهما عليه لوجود الخصومة، وتجاوز هذه الحيلة
فقط إذا كانا يشهدان عليه زورا^(٢).

(١) انظر: السمرقندي، جنة الأحكام وجنة الخصام، مصدر سابق، ص ١١٠.

(٢) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٣٢٠.

الفصل الثاني:

الحيلة الفقهية المختلف فيها

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: المباحث الأصولية المتعلقة بموضوع
الحيل الفقهية.

المبحث الثاني: حكم الحيل الفقهية وأدلت كل فريق.

المبحث الثالث: أثر الحيل على التصرفات والعقود.

المبحث الأول

المباحث الأصولية المتعلقة بموضوع الحيل الفقهية

تناولت في هذا المبحث الموضوعات الأصولية التي لها أثر على حكم الحيل وهي: اعتبار المآل، وسد الذرائع، ومقاصد المكلفين، وبينت أن الخلاف في تلك المسائل ممتد أثره إلى الخلاف في حكم الحيلة الفقهية، وأنه لا يمكن فهم الخلاف في الحيل دون توضيح الخلاف في تلك المسائل الخلافية الكبرى.

تمهيد

قبل الخوض في المباحث الأصولية المتعلقة بموضوع الحيل الفقهية، أذكر ببعض ما سبق بيانه من مواضع تتعلق بالحيل الفقهية:

١- اتفق معظم من تناول الحيل الفقهية على أن جزءاً من إشكالية البحث في الحيل الفقهية عدم تحرير أو تحديد المراد بالحيلة الفقهية، وقد مر معنا في الفصل الأول توضيح ذلك الخلاف.

٢- التعريف المختار للحيلة الفقهية: لقد ذكرت في الفصل الأول عند تعريف الحيل الفقهية، أن تعريف الإمام الشاطبي رحمته الله هو التعريف المختار؛ لانطباقه على هذا القسم، قال الشاطبي: «التحليل بوجه سائغ مشروع في الظاهر أو غير سائغ، على إسقاط حكم أو قلبه إلى حكم آخر، بحيث لا يسقط أو لا ينقلب إلا مع تلك الوساطة، فتفعل ليتوصل بها إلى ذلك الغرض المقصود، مع العلم بكونها لم تشرع له»^(١).

٣- هذا القسم هو المراد بالحيلة الفقهية عند الإطلاق؛ فإن هذا القسم هو الذي غلب عليه وصف الحيلة الفقهية لدى الفقهاء والباحثين، وهو المراد عند إطلاقهم الحيل المختلف فيها، وعليه تدور مسائل الخلاف الكبرى والكثيرة بين الفقهاء، لأن المتفق عليه عند الفقهاء في شأن الحيلة أنها لا تخلو من تغيير حكم شرعي، لأن لب الحيل وجوهرها

(١) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ٢ / ٣٧٨.

استبدال حكم بآخر بوسيلة مباحة. قال ابن تيمية في هذا القسم: «وهذا القسم هو الذي كثر فيه تصرف المحتالين ممن ينتسب إلى الفتوى، وهو أكثر ما قصدنا الكلام فيه، فإنه قد اشتبه أمره على المحتالين»^(١).

ومن هذا القسم تخرج المسائل التي دارت عليها مناقشات الفقهاء في الحيل، وبشرط إباحة الوسيلة في التحيل خرج من ذلك ما إذا كانت الحيلة بوسيلة غير شرعية، سواء أكان القصد منها موافقا للشرع أو ممنوعا.

٤- موقع هذه الحيلة من أقسام الحيل، لقد سبق ذكر فائدة توضيح أقسام الحيل المختلف فيها، وأهميته في إلحاق كل مسألة بالقسم الأشبه بها. وهذا القسم يقع في النوع الذي وسيلته مباحة وقصده ممنوع، فمنعه من جهة القصد لا الوسيلة.

المطلب الأول

علاقة الحيل بأصل اعتبار المآلات

وفيه فروع:

الفرع الأول: التعريف بأصل اعتبار المآلات وأدلة مشروعيته :

أولاً: المراد باعتبار المآلات

المال لغة: المرجع، فمال الشيء الحال الذي يرجع إليه من صلاح أو فساد.

وعند الفقهاء يراد باعتبار المال: تحقيق مناط الحكم بالنظر في الاقتضاء التبعية الذي

يكون عليه عند تنزيهه، من حيث حصول مقصده والبناء على ما يستدعيه ذلك

الاقتضاء^(٢).

(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ٣ / ١٩٤.

(٢) د. عبد الرحمن السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ، ص ١٩.

وعرف بتعريف أكثر إيجازاً بأنه: الحكم على مقدمات التصرفات بالنظر إلى نتائجها^(١).
 والمراد به اعتبار ما تصير إليه التصرفات والأفعال في الحكم عليها ابتداء.
 وعرف أيضاً: أن يأخذ الفعل حكماً يتفق مع ما يؤول إليه، سواء أكان الفاعل يقصد ذلك الذي آل إليه الفعل أم لا يقصده^(٢).

ثانياً: مشروعية اعتبار المآلات:

دلت على مشروعية هذا الأصل العديد من الأدلة من القرآن والسنة منها:
 من القرآن الكريم: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ أَعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٣). وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٤). وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾^(٥)، وهذه الآيات فيها اعتبار المآل في الجملة.
 ومن السنة:

١- عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها: (يا عائشة لولا أن قومك حديثو عهد بجاهلية لأمرت بالبيت فهدم فأدخلت فيه ما أخرج منه)^(٦).

(١) المرجع نفسه، ذكرها في هامش الصفحة ١٩.

(٢) انظر: د. محمود حامد عثمان، القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين، مرجع سابق، ص ١٩٢.

(٣) سورة البقرة، الآية [٧١].

(٤) سورة البقرة، الآية [١٨٣].

(٥) سورة الأنعام، الآية [١٠٨].

(٦) الحديث متفق عليه.

رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٢٧٦، كتاب الحج، باب فضل مكة وبنائها، ح: ١٥٨٦، ومسلم في صحيحه، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٩٦٩، كتاب الحج وباب نقض الكعبة وبنائها، ح: ١٣٣٣.

فخوفا من فتنة الناس بهدم الكعبة وإعادة بنائها ترك النبي ﷺ ذلك، وهذا نظرا إلى ما يؤول إليه هذا الأمر.

٢- تركه ﷺ لقتل المنافقين، لما أشير عليه بقتل أحد المنافقين وهذا أيضا مراعاة للمال، فترك مصلحة قتل المنافق مراعاة لمفسدة قد تقع في المال، فقال رسول الله ﷺ: (دعه، لا يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه)^(١).

ومن المعقول: يستدل من المعقول بأن الشريعة وضعت الأحكام لمصالح الناس ودرء المفسد عنهم، وهذه الأعمال لها أسباب تنتج عنها مسببات، وهي مآلها، وهذا المال إما أن يشتمل على مصالح أو مفسد، لأن إقرار العمل الذي يؤدي للمفسدة لا يتفق على مبدأ جلب المصلحة ودرء المفسدة، فعليه لا يمكن أن يغفل الشارع مآلات الأعمال لأنها المقصودة من الأحكام فهذه الأعمال كالمقدمات للنتائج عنها، ومتى قلنا أن المآلات غير معتبرة شرعا فهذا يؤدي إلى ألا تطلب مصلحة بفعل مشروع، ولا تتوقع مفسدة بفعل ممنوع، وهو خلاف وضع الشريعة^(٢).

الفرع الثاني: علاقة الحيل بأصل اعتبار المآلات :

أولا: القواعد التي تخرج بناء على أصل اعتبار المآلات:

ولفهم علاقة الحيل بأصل اعتبار المآلات نوضح القواعد التي بنيت على أصل اعتبار المال، وهي أربع قواعد:

(١) الحديث: متفق عليه .

رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٨٩٥، كتاب التفسير باب قوله تعالى: ﴿سَوَاءٌ عَلَيْهِمْ﴾
 أَسْتَغْفَرْتَ لَهُمْ﴾ [المنافقون: ٦]، ح: ٤٩٠٥ ومسلم في صحيحه، مصدر سابق، ج ٤/ ص ١٩٩٨،
 كتاب البر والصلة والآداب، باب نصر الأخ ظالما أو مظلوما، ح: ٢٥٨٤.

(٢) انظر: د. محمود حامد عثمان، قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي، دار الحديث، القاهرة،
 الطبعة الأولى، ١٩٩٦م، ص ٢١٩.

١- قاعدة سد الذرائع .

٢- قاعدة الحيل .

٣- قاعدة مراعاة الخلاف .

٤- قاعدة الاستحسان .

والجامع بينها أنها ترجع حقيقة إلى أصل اعتبار المآل، فمن منع الذرائع أو الحيل منعها لما تؤول إليه من مفسد، ومن أجاز الاستحسان أجاز بناء على جلب المصالح التي تؤول إليه هذه القاعدة، ومن راعى الخلاف لما يؤول إلى مراعاة حفظ حقوق من أخذ بقول بعض الفقهاء وعدم إبطالها بالكلية، كمهر المرأة في النكاح الفاسد لدى بعض أهل العلم^(١).

ثانيا: أهمية النظر في المآلات للمجتهد:

إن النظر إلى تصرفات العباد ينبغي أن لا يخلو من جانبين:

الجانب الأول: باعث المكلف أو قصده من وراء هذا التصرف، كمن يهب وقصده منع الزكاة، فهذه هبة ممنوعة بسبب قصده.

الجانب الثاني: مآل التصرف، وهذا بغير اعتبار للمقاصد، فإن كانت تؤول لمفسدة أو لما يتناقض مع المقاصد الشرعية فحكمها المنع، وإن كانت غير ذلك فهي جائزة، على التفصيل الذي سنبينه لاحقا^(٢).

وهنا يظهر أهمية النظر في المآلات للمجتهد، قال الشاطبي: «النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل

(١) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤/ ص ١٩٨ وما بعدها.

(٢) انظر: د. محمود حامد عثمان، قاعدة سد الذرائع، مرجع سابق، ص ٢١٢.

من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل»^(١).

ثالثاً: علاقة اعتبار المآلات بالحيل الفقهية:

ومما سبق يمكن تحديد علاقة المآل بالحيل الفقهية: بأن المآل معيار هام في الحكم على الحيلة، فالحيل التي مآلها تغيير الحكم الشرعي وتفويت المقصد الشرعي تمنع، والحيل التي مآلها يتوافق مع مقاصد الشارع، وتحقق المصلحة يسمح بها^(٢).

المطلب الثاني

أثر سد الذرائع في اختلاف الفقهاء في الحيل

وفيه فروع:

الضلع الأول: تعريف سد الذرائع وأهميته:

أولاً: تعريف سد الذرائع:

الذريعة في اللغة: الوسيلة التي يتوصل بها إلى الشيء، يقال: فلان ذريعتي إليك أي وسيلتي إليك^(٣).

وفي الاصطلاح عُرفت بأنها: التوسل مما هو مصلحة إلى مفسدة^(٤).

وعرفت أيضاً أنها: ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء، لكنها صارت في عرف الفقهاء

عبارة عما أفضت إلى فعل محرم^(٥).

(١) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤ / ص ١٩٢.

(٢) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ٣٨٧ / ٢ و ٤ / ٢٠١.

(٣) انظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص ٧١٧.

(٤) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤ / ص ١٩٩.

(٥) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣ / ص ١٨٩.

وعرفت أيضا أنها: عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه، قويت التهمة في أدائه إلى فعل محظور^(١).

والناظر في التعاريف السابقة، يجد أن الذريعة ليست سوى وسيلة، لكن قوي في نفس الفقيه أنها تؤدي إلى مفسدة أو محرم، فبمعرفة وتقدير المآل يحكم الفقيه عليها. وسد الذريعة لا يتعلق بنية المكلف، وهذا مما ينبغي التنبيه عليه في قاعدة سد الذرائع؛ عدم ارتباطها بنية المكلف، فسواء قصد بذلك التصرف الذي يمنع سدا للذريعة المحرم أو المباح فإنه ممنوع، فالنظر في سد الذرائع إلى ما يؤول إليه التصرف، وليس للنية^(٢).

ثانيا: أهمية ومكانة سد الذرائع لدى سائر المذاهب:

يظهر من خلال التعريف أهمية سد الذرائع، حتى اعتبره بعض الفقهاء ربع الدين^(٣). والعمل بسد الذرائع عند التحقيق ليس مختصا بمذهب دون آخر، وإن كان اشتهر عن مذهب الإمام مالك حتى صار من أصول الاستنباط الفقهي في المذهب المالكي^(٤)، لكن اعتبار سد الذرائع في الجملة قال به كل أهل العلم، وإنما وقع الخلاف بينهم في مناطه^(٥)، أو في تطبيقه على المسائل المختلفة، لكن الصحيح أن العمل بقاعدة سد الذرائع معمول به لدى سائر المذاهب وإن اختلف مسماه لدى الفقهاء، حتى الشافعية الذين صرحوا بعدم

(١) محمد هشام البرهاني، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٨٠.

(٢) انظر: د. محمود حامد عثمان، قاعدة سد الذرائع، مرجع سابق، ص ٢٤٤.

(٣) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٠٨.

(٤) انظر: محمد هشام البرهاني، سد الذرائع، مرجع سابق، ص ٦١٥.

(٥) المناط: لغة من ناط الشيء إذا علقه، واصطلاحا: هو الوصف الظاهر المنضبط الذي يدور مع الحكم وجودا وعدما، وهو العلة الشرعية. وعرف أيضا بأنه متعلق الحكم. انظر: د. قطب سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٤٥٠؛ د. محمود حامد عثمان، القاموس المبين، مرجع سابق، ص ٢١٦.

الأخذ بسد الذرائع تجد عندهم تطبيقات لسد الذرائع أيما كان مساهم عندهم^(١)، وقد نبه لذلك فقهاء المالكية لئلا يتوهم أحد تفرد المالكية بهذا الأصل^(٢).

الضرع الثاني: أقسام الذرائع:

إن في بيان أقسام الذرائع تسهيلا لفهم وجهات النظر المختلفة للفقهاء في حكمها، وتقسّم الذرائع إلى ثلاثة أقسام:

١- قسم انفقت الأمة على سده ومنعه، وهو ما كان مؤداه إلى الضرر قطعاً، أو في غالب الظن، ومثاله حفر الآبار في طرق المسلمين، أو سب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله لأجل ذلك.

٢- قسم أجمعت الأمة على عدم منعه، وأنه ذريعة لا تسد، وهو ما كان مؤداه إلى الضرر نادراً، ومثاله المنع من زراعة العنب خشية الخمر، فلم يقل به أحد.

٣- قسم اختلف في سده العلماء، وهو ما كان أداؤه للمفسدة ظنياً، كبيع العنب لمن يظن أنه يصيره خمراً، أو بيع السلاح في زمن الفتنة، فمن يلحقه بالقسم الذي يُسد راعى وقوع الضرر المتوقع، ومن يلحقه بالقسم الذي لا يُسد راعى مصالح الناس وعدم تحقق الضرر^(٣). ومن أعظم الأمثلة في ذلك: بيوع الأجال التي يمنعها المالكية سدا للذريعة خلافاً للشافعية، ولأجل ذلك تسمى لدى المالكية ببيوع الذرائع الربوية لأنها ذريعة للرب^(٤). ويقال إنها تصل إلى ألف مسألة اختص بها مالك، وخالفه فيها الشافعي^(٥).

(١) محمد هشام البرهاني، سد الذرائع، مرجع سابق، ص ٦٥٨.

(٢) انظر: القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٤٥٠.

(٣) انظر: القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٢؛ الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٣٥٩.

(٤) انظر: ابن رشد؛ محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الشهير بابن رشد الحفيد (ت ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب الإسلامية، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٨٣ م، ج ٢/ ص ١٦٧.

(٥) انظر: القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٤٥١.

الضرع الثالث: من الأدلة الشرعية على اعتبار سد الذرائع :

أتت النصوص الشرعية بسد الذرائع، متى كان المآل يفضي إلى محرم أو مفسدة أكبر من المصلحة المتوقعة^(١)، ومن ذلك :

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾^(٢). فالنهي عن سب الأصنام، وهو أمر مشروع في الأصل، إلا أنه متى كان يؤدي إلى أن يسب الله تعالى يمنع سدا لذريعة سب الله تعالى، وتعظيما له تعالى^(٣).

٢- قوله ﷺ: (من الكبائر شتم الرجل والديه)، قالوا يارسول الله: وهل يشتم الرجل والديه؟ قال: (نعم؛ يسب أبا الرجل فيسب أباه، ويسب أمه فيسب أمه)^(٤)، فهنا المنع عن سب آباء الغير لأنه مع سوءه إلا أنه يؤدي إلى سب والدي الرجل، فجعل النبي المتسبب بالشيء، مثل الفاعل له^(٥).

٣- قال ﷺ: (لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم)^(٦).

فالنهي عن الخلوة خوفا من المآل وهو الوقوع في الفاحشة، لذا أتى الشارع بسد ذريعة الزنا، بالمنع من مسيبتها ووسائلها ومن ذلك الخلوة.

(١) انظر في أدلة سد الذرائع: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٨٠.

(٢) سورة الأنعام، الآية [١٠٨].

(٣) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مصدر سابق، ج ٢/ ص ١٥٢.

(٤) رواه مسلم في صحيحه، مصدر سابق، ج ١/ ص ٩٢، كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر، ح: ٩٠.

(٥) النووي؛ أبو زكريا، محي الدين يحيى بن شرف (ت ٦٧٦هـ)، شرح صحيح مسلم، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، ١٩٨١م، ج ٢/ ص ٨٨.

(٦) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٩٦١، كتاب النكاح، باب لا يخلون رجل بامرأة إلا ذو محرم، ح: ٥٢٣٢.

الضرع الرابع: العلاقة بين سد الذرائع والحيل:

لتوضيح العلاقة بين الحيل وسد الذرائع أورد مقارنة بينهما، ثم أذكر وجه الارتباط

بينهما

أولاً: المقارنة بين سد الذرائع وبين الحيل الفقهية:

إن الحيلة والذريعة يجتمعان في أمرين ويختلفان في أمرين، فيجتمعان في:

١- كل منهما لا يمكن الحكم عليه إلا بالنظر إلى مآله.

٢- كل منهما يبنى على فعل ظاهر مباح، لكن يفضي إلى مآل مختلف، وهذا المآل هو

المقصود في حقيقة الأمر.

ويفترقان في أمرين:

الأول: إن الحيلة يشترط لمنعها وجود القصد بتغيير الحكم الشرعي، أما الذرائع فلا

يشترط لمنعها وجود قصد الوقوع في المحذور.

الثاني: إن الذرائع وسائل للمفاسد؛ فهي ظاهرة فيما تؤدي إليه، فلا تحتاج لكثير من

التأمل والذكاء لمعرفة ما تنتج عنه من مفسدة، أما الحيل فهي خفية لتعلقها بإبطال مقاصد

الشارع، فتحتاج للتأمل وللفطنة^(١).

ثانياً: علاقة الخصوص والعموم بين الحيل وسد الذرائع :

إن هناك علاقة خصوص وعموم بين الحيل وسد الذرائع، تتضح بالنظر إلى أقسام

الذرائع المختلفة، ويتضح بهذا التقسيم:

١- يوجد ذرائع ليست بحيل، مثل سب الأصنام، فإنها تسد، لكن لا علاقة لها

بالحيل.

(١) انظر: د. محمد الحسن مصطفى البغا، درء المفسدة في الشريعة الإسلامية، دار العلوم الإنسانية،

دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٧ م، ص ٢٦٧.

٢- يوجد حيل ليست من الذرائع، مثل بيع جزء من النصاب قبل الحول، فإنها من الحيل ولا علاقة لها بالذرائع.

٣- يوجد ذرائع هي حيل في ذات الوقت، مثل الجمع بين السلف والبيع، فهو ذريعة إلى الربا، وإنما وضع البيع لأجل تسوية الربا في السلف^(١).

فقد سبق معنا أن هناك من الذرائع ما هو متفق على منعه، وهو المتيقن من كونه يؤدي إلى المحرم، فإذا كانت الحيلة ذريعة لإضاعة الحقوق فإنها تمنع سدا للذريعة المحرمة، ومتى كانت الحيلة من القسم الجائز، فإنها لا تمنع إذ إن الذرائع منها ما لا يسد أبداً، كما أسلفنا في التقسيم، ويتبقى لدينا القسم الثالث من الذرائع، وهي ما كان الفساد منها غير متيقن، أو ترجح الأمران، وهذا محل الخلاف بين الفقهاء في سدها من عدمه، فإنه موضع النظر للمجتهدين والمفتين، وهو كحال المفتي مع من يخفي قصد التحيل، فلا يظهر له: هل قصده باستخدام الوسيلة المباحة تغيير الحكم أو إضاعة الحقوق والواجبات؟ أم فقط استخدم الوسيلة الجائزة لقصد مباح فأدى إلى تغيير الحكم الشرعي، وهو أمر غيبي، فمتى قلنا بسد الذرائع، وعلمنا أن مؤدى هذا الفعل هو التحيل لتغيير الحكم الشرعي أو تعطيله فإننا كما نسد الذريعة إلى المحرم، نمنع التحيل لتحليل الحرام أو إضاعة الحقوق سدا للذريعة التحيل على أحكام الشرع.

ثالثاً: أثر القول بسد الذرائع على حكم الحيل:

لقد تم البيان سابقاً أن الجامع بين سد الذرائع والحيل رجوعهما إلى أصل اعتبار المآلات، وعليه فإنها يشتركان في أن حكمهما مرتبط بما يؤديان إليه من مفاسد أو مصالح، وهو ما يعني مدى توافقها مع المقاصد الشرعية^(٢).

(١) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٥٧.

(٢) انظر: د. محمود حامد عثمان، قاعدة سد الذرائع، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

وعلى ما سبق فإن من قال بسد الذرائع يلزمه القول بمنع الحيل، فإن سد باب التحيل لتغيير الحكم الشرعي أولى من سد الذرائع، إذ إن سد باب التحيل على الشرع أخطر من سد باب المعصية المجردة، لما في التحيل من استحلال المحرمات.

ومن أسباب قولهم بمنع الحيلة لما في تجويز الحيل من مناقضة ظاهرة لسد الذرائع، فإن الشارع يسد الطريق إلى المفاسد بكل ممكن، والمحتال يفتح الطريق إليها بحيله؟! (١).

المطلب الثالث

علاقة مقاصد المكلفين بالخلاف في الحيل

هناك موضوعان يدوران حول المقاصد ولهما أثر كبير في الحكم على الحيل الفقهية:

الأول: مقاصد المكلف، ونيته من العقد، أو ما يُسمى بالإرادة الباطنة.

والثاني: علاقة الحيلة بالمقصد الشرعي الذي أراده الشارع من وراء الحكم.

فهناك مقاصد المكلف من التصرف، وهناك مقاصد الشارع من التكليف، أي المصالح

المرتبة على الحكم، وموضوعنا هنا يتناول الشق الأول من المقاصد، وهو المتعلق بالمكلف.

الفرع الأول: المراد بمقاصد المكلفين وأثره على خلاف الفقهاء في الحيل:

أولاً: المراد بمقاصد المكلفين:

المراد بها: ما يبطنه المتعاقد من نية على تصرفاته. وحقيقة المسألة هنا: ما أثر الإرادة

الحقيقية له من وراء التصرف في حكم التصرف، إذا لم يظهرها في التصرف أو العقد؟ أي

هل الاعتبار بظاهر التصرفات أم بنية المتصرف؟ وتسمى هذه المسألة: توافق الإرادة

الباطنة والإرادة الظاهرة وتخالفها (٢).

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٠٩.

(٢) انظر: د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر، د. ط، د. ت،

ثانيا: أثرها على خلاف الفقهاء في الحيل:

اتفق المحققون على ارتباط الخلاف بين الفقهاء في الحيل الفقهية بخلافهم في مسألة: اعتبار المقاصد في الأفعال والعقود من عدمه؟^(١) ومدار البحث فيها على أثر المقاصد الباطنة على التصرفات والعقود، ومدى اعتبار المقاصد إذا ظهرت قرائن تدل عليها^(٢). فالنزاع في حمل التصرفات على الظاهر بعد ظهور مراد المتكلم والفاعل بخلاف ما أظهره. ويمكن أن يعبر عن الخلاف بأن حقيقته تقع في هذه المسألة: هل المعتبر في صيغ العقود ألفاظها أو معانيها؟

وحيث إن هذه من المسائل الخلافية الكبيرة التي يبني عليها الكثير من المسائل الفرعية، وإن تناولها بالتفصيل يخرج هذا البحث عن موضوعه، فإني سأعرض فيما يأتي أهم الأدلة التي استند إليها كل فريق فيما ذهب إليه، تجنباً للخروج عن صلب البحث في الحيل الفقهية.

الضلع الثاني: تحرير محل الخلاف في هذه المسألة:

أولاً: اتفق الفقهاء على صحة كل عقد اتفقت فيه ألفاظه مع مقاصد أصحابه، ما دام هذا العقد مستوفياً لأركانها ولشروط صحته.

ثانياً: اتفقوا في الجملة على عدم جواز كل عقد صرح أصحابه بمقصودهم المفسد للعقد في العقد.

ثالثاً: اتفقوا على أن من قصد مقصداً غير شرعي من العقد، وأبطن قصده هذا ولم يظهره، فإنه آثم أخروياً مع صحة العقد قضاءً، كما سبق أن بينا في المطلب السابق.

(١) انظر: ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري،

تحقيق الشيخ عبد العزيز بن باز وآخرون، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، ١٢ / ٣٢٦.

(٢) انظر: بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية،

بيروت، د.ط، د.ت، ص ٤٠١.

قال الشاطبي: «ومن أجاز الحيل كأبي حنيفة فإنه اعتبر المآل أيضاً، لكن على حكم الانفراد، فإن الهبة على أي قصد كانت مبطلّة لإيجاب الزكاة، كإنفاق المال عند رأس الحول، وأداء الدين منه، وشراء العروض به وغيرها مما لا تجب فيه زكاة، وهذا الإبطال صحيح جائز، لأنه مصلحة عائدة على الواهب والمنفق، لكن هذا بشرط أن لا يقصد إبطال الحكم، فإن هذا القصد بخصوصه ممنوع، لأنه عناد للشارع كما إذا امتنع من أداء الزكاة، فلا يخالف أبا حنيفة في أن قصد إبطال الأحكام صراحاً ممنوع، وأما إبطالها ضمناً فلا، وإلا امتنعت الهبة عند رأس الحول مطلقاً، ولا يقول بهذا واحد منهم»^(١).

رابعاً: جمهور الفقهاء على إبطال العقود والتصرفات إذا كان هناك قرائن في ألفاظ العقد أو شروطه تدل على قصد مخالف لظاهره.

خامساً: اختلفوا في حكم إثبات القرائن إذا كانت في غير ألفاظ العقد أو التصرف ؛ وهي مسألة: كيفية إثبات المقاصد والإرادات الباطنة ؟ أي: هل تثبت المقاصد بالقرائن الحافة والظروف المحيطة بالعقد، ولو لم يُشَرَّ إليها في ألفاظ العقد؟ ويمكن أن نقول عنها مسألة: التصرفات والعقود الصورية، أو التظاهر بإنشاء العقود والتصرفات، دون الرغبة في حقيقتها^(٢).

فهذا محل النزاع بين الفقهاء في مسألة الاعتداد بالمقاصد إذا خالفت ظاهر التصرفات وألفاظ العقود ؛ فريق يعتد بالقرائن، وفريق لا يعتد بها.

(١) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤ / ص ٢٠٢.

(٢) وقريب من ذلك ما يسمى المواضعة، وهو: اتفاق الطرفين سرا على خلاف ما سيعلنان.

انظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، الطبعة التاسعة، ١٩٦٨م، ١/٣٥٧ ؛
بدران أبو العينين، تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ٤٠١.

الفرع الثالث: مذهب القائلين باعتبار المقاصد الباطنة:

أولاً: القائلون باعتبار المقاصد الباطنة، وهم المالكية والحنابلة رحمهم الله:
 ويرون أن المقاصد والنيات أو ما يُسمى بالمقاصد الباطنة معتبرة في العقود، وأنها تعرف من القرائن وملابسات العقد، ولا يشترط أن ينص عليها في العقد سواء في صلب العقد أو في شروطه، بل تقوم القرائن مقام التصريح، وتماثل وتساوي الإقرار بالقصد عندهم^(١)، وعليه لا يصححون العقود إلا إذا كانت النيات والمقاصد معتبرة شرعاً؛ أي أن توافق مقاصد الشارع هذه العقود فإذا اختلفت نية العاقدين ومقاصدهما في العقود عن مقاصد الشارع فالتصرف أو العقد باطل، والقرائن تدل على المقاصد، ولا يشترط العبارات.

ثانياً: اعتبار المالكية والحنابلة للمقاصد الباطنة بالقرائن الدالة على القصد:

المالكية والحنابلة يعتقدون بالمقاصد الباطنة، وتعرف عندهم بالقرائن الحافة بالتصرف، وهذا يعني أنهم لا يشترطون الكلام والتصريح لمعرفة الإرادة الباطنة من التصرفات^(٢).

المراد بالقرائن:

القرائن: جمع قرينة، ودلالاتها في اللغة على المصاحبة أو الجمع بين الأمرين^(٣). وعند الفقهاء يدور معناها على أنها أمر يشير إلى المطلوب^(٤). وعرفها الدكتور مصطفى الزرقا بأنها: كل إمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه^(٥).

(١) الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، طباعة وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة، د.ط، ١٩٨٩م، ١/٦٠٠.

(٢) انظر: السنهوري، مصادر الحق، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٧١؛ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي، مرجع سابق، ١/٣٥٥.

(٣) انظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ٧/٣٤٠؛ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ١٢٢٤.

(٤) انظر: الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ٢٢٣.

(٥) د. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ٢/٩١٨.

وقصر بعض الباحثين دلالتها على التصرف الممنوع، فعرفها بأنها: «الأمانة التي تحمل على الظن أو تقوي التوقع أن القصد من التصرف أمر ممنوع»^(١).

والقرائن منها القرائن العقلية ومنها القرائن العرفية، فالقرائن العقلية ما تعرف بالعقل لكون النسبة بينها وبين مدلولها ثابتة يستنتجها العقل دائماً، كوجود المسروقات لدى المتهم. والقرائن العرفية: التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها قائمة على عرف أو عادة، مثل شراء الصائغ خاتماً فإنه قرينة أنه أراد به التجارة لأنها عادة الصاغة^(٢).

من القرائن التي يعتد بها المالكية:

من القرائن المعتد بها عند المالكية كثرة القصد إلى الشيء، فحيث يعلم أن البيع يتم لأجل التحليل على الربا في العادة؛ فهو بيع ربوي محرم ما دام اشتهر أهل المنطقة بذلك^(٣). ومن القرائن التي ينص عليها المالكية أيضاً: النظر إلى ما دخل في اليد وما خرج منها. وهذه القاعدة لدى المالكية في النظر إلى أول التصرف ونهايته للحكم عليه، بغض الطرف عن ما يتخلله من تصرفات، فالحكم حسب ما دخل وخرج في اليد، ولا ينظر لأقوال المتعاملين بل لما دخل في اليد وما خرج منها^(٤).

وعند المالكية أيضاً: قرائن الأحوال تماثل وتساوي الإقرار بالقصد^(٥).

فمنشأ التهمة عندهم ليس من الألفاظ فقط بل من ذات التصرف، فمثلاً: إن كان هناك تأخير للقبض في المثلي، فالتهمة بالتحليل على الربا غير واردة إذا كان المستفيد من

(١) د. حسن الصغير، التهمة في مجال المعاملات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٤م، ص ٢٩.

(٢) انظر: د. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ٢/٩١٩.

(٣) انظر: القرافي، الفروق، مصدر سابق، ٣/١٠٥٧.

(٤) انظر: المرجع نفسه، ٣/١٠٥٧.

(٥) الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ١/٦٠٠.

التصرف هو من سيؤخر الدفع، لأن التحيل يقتضي عكس ذلك، والتهمة واردة في عكس الحالة، أي إن كان الذي سيتأخر في الدفع للعوض سيدفع زيادة على الذي أخذ بأي صورة أتت هذه الزيادة، وقد يكون شيئان مشتبهين لا يميزان لأمر خفي لا يدركه إلا النبي ﷺ والراسخون في العلم من أمته، فتمس الحاجة إلى معرفة علامة ظاهرة لكل منهما، وإدارة حكم البر والإثم على علاماتها^(١).

ثالثاً: قرائن معرفة الإرادة الباطنة:

وحاصل ما سبق أن القرائن لديهم تدور على جملة أمور:

- ١- حال التصرف ؛ هل هو مشابه لمثله أو مغاير له؟ أو لا يمكن إلا لكون التصرف ظاهرياً يقصد به أمر آخر، ككون الزوج ليس كفؤاً للمرأة وإنما يراد للتحليل، أو أن أحد العوضين ليس مطلوباً أو مهماً في إتمام البيع أو العقد .
- ٢- ما يؤول إليه التصرف؛ أي نفس الفعل هل يؤول إلى تعطيل حكم، أو منع حق لأحد؟
- ٣- حال المتصرف ؛ هل هو مريض بمرض الموت؟ أو عليه ديون وهو معسر، فيتبرع ليضر بالدائنين؟
- ٤- حال المتصرف إليه؛ أي الجهة المستفيدة من التصرف، هل هي ممنوعة من الاستفادة لو كانت بصورة أخرى، كالورثة؟
- ٥- واقع البلد التي يقع فيها هذا التصرف، وهل يتخذ هذا التصرف في عادة أهل بقصد آخر، كالبلاد التي تعرف بالتحيل على الربا بالعينه وتشتهر بذلك؟^(٢).

(١) انظر : شاه ولي الله الدهلوي، حجة الله البالغة، راجعه : محمد شريف، دار إحياء العلوم، بيروت،

الطبعة الثانية، ١٩٩٢ م، ٣١٩/١.

(٢) انظر : د حسن الصغير، التهمة في مجال المعاملات، مرجع سابق، ٣٥.

رابعاً: أمثلة تطبيقية لمعرفة الإرادة من خلال القرائن الحافة:

لقد سبق توضيح أن القرائن الحافة تدل على الإرادة الحقيقية للمتعاملين، ويعتد بها لدى المالكية والحنابلة، ومن أمثلة ذلك:

١- القرائن الدالة على إرادة التحيل في بيع العينة، فالسلعة الوسيطة غير مقصودة للمتعاملين، وإنما القصد هو النقد، والقرينة الدالة على هذا القصد: أنك تجد أن المشتري لا يعنى بأمر السلعة التي اشتراها بالأجل، فلا يكيلها أو يزنها أو يتأكد من جودتها، لأنها ليست مقصودة.

٢- القرائن الدالة على إرادة التحليل بنكاح المطلقة ثلاثاً: فيمكن معرفة قصد التحليل حتى لو لم يعلن اشتراط التحليل في العقد، ومن القرائن الدالة: كون المهر أقل بكثير من مهر المثل، أو كون الزوج من شخص غير كفؤ، ولا يزوج مثله لمثل هذه المرأة في العادة^(١).

الفرع الرابع: مذهب القائلين بعدم اعتبار المقاصد الباطنة:

أولاً: القائلون بذلك هم الحنفية والشافعية رحمهم الله:

ويرى هذا الفريق أن العبرة بالعبارات والألفاظ، أي: بالإرادة الظاهرة، ولا يعتد بالإرادة الباطنة، أي بالمقاصد الباطنة.

وحاصل مذهبهم: أنهم لا يتجاوزون الإرادة الظاهرة للبحث عن النيات الخفية، وهذا عمل بحسن الظن بالمسلمين، وأن الأصل فيهم السلامة، وأيضاً ليستقر التعامل بين الناس، لأن التعويل على المقاصد في صحة العقود والتصرفات يصعب ضبطه، ويؤثر على معاملات الناس سلباً، والأصل ترك التهمة لعدم انضباطها^(٢).

(١) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ٣/ ٢٧٥.

(٢) نظر: تاج الدين السبكي، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي (ت ٧٧١هـ)، الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩١م، ج ٢/ ص ٢٧٥.

ثانياً: ضابط هذا القول عندهم:

وضابط قولهم ؛ أنه إذا لم تظهر في ألفاظ العقد أو في شروطه أي قرائن تدل على إرادة باطنة تناقض ظاهر العقد، فإن العقد صحيح، وإن ظهر ولو ضمناً في ألفاظ العقد فإن العقد باطل، لذا هم يبطلون نكاح التحليل إن صرح أحد أطراف العقد بنيته، ففي مسألة التحليل سأله السائل: «قلت: رأيت الرجل يطلق امرأته ثلاثاً، فجاء رجل فتزوج هذه المطلقة بعدما انقضت عدتها ودخل بها وجامعها، ثم طلقها فانقضت عدتها هل للزوج الأول أن يتزوجها؟ قال: نعم. قلت: رأيت لو أتت الثاني فقالت: تزوجني فحللني، أو قال الزوج الأول للزوج الثاني: تزوج هذه المرأة فحللها لي، أو قال الزوج الثاني: أتزوجك فأحللك لزوجك الأول؟ قال: إذا قال واحد منهم هذه المقالة لم تحل للزوج بهذا النكاح الثاني»^(١).

فهذه المسألة تدل على أنهم يعتبرون فقط ما يظهر من عبارات تدل على نية التحليل على الشرع، وعندها تجدهم يمنعون هذا التحليل ويبطلونه، فلا يجوز لأحد أن ينسب إليهم أنهم يجيزون التحليل وتغيير شرع الله، كما قد يظن البعض، بل هم يمنعون متى ظهر لديهم، وعليه فمذهبهم: ليس عدم اعتبار المقاصد، ولكن الخلاف في كيفية معرفة واستخراج الإرادة الباطنة، فهم يستخلصون الإرادة من الصيغة دون القرائن^(٢). ولا يعني هذا أنهم يتغافلون عن الألفاظ التي لها دلالة على إرادة باطنة، بل ينقلون بها حكم العقد من حكم إلى آخر حسب الإرادة الباطنة المتسببة من ألفاظ العقد^(٣).

(١) محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، ص ٥٥.

(٢) انظر: السنهوري، مصادر الحق، مصدر سابق، ج ١/ ص ٩١.

(٣) أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، الطبعة الخامسة، ١٩٩٨م، ص ٥٥.

ويذكر الشافعية ضابطاً لهذه القاعدة: أنه إن تهافت اللفظ حكم بالفساد على المشهور في المذهب، كقول البائع: بعثك بلا ثمن^(١).

فالاعتبار للألفاظ في العقد، وما دام اللفظ يظهر الإرادة الباطنة فيؤخذ بها. والعمدة في ذلك أن كل ما كان فيه تعامل بين العبد وربّه، أو بين العبد والناس والقصد فيه الله تعالى فإن القصد معتبر، أما ما كان معاملة بين العباد، والنفع الدنيوي هو المقصود من التعامل، فإن الظاهر هو المعتبر^(٢).

وقد قال الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ) **رَحِمَهُ اللهُ**: «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر»^(٣).

الفرع الخامس: أدلة القائلين باعتبار المقاصد في التصرفات بالقرائن:

وهذا مذهب المالكية والحنابلة رحمهم الله. ويعتبرون في معرفة مقاصد العقد بالقرائن التي تحف بالعقد إذا خالفت ظاهره^(٤).

وأدلتهم:

١- قوله تعالى في حق الأزواج إذا طلقوا أزواجهم طلاقاً رجعيّاً: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾^(٥). وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ

(١) انظر: الزركشي، المنشور في القواعد، مصدر سابق، ج ٢/ص ١٠٧.

(٢) انظر: السنهوري، مصادر الحق، مصدر سابق، ج ١/ص ٩١، ج ٤/ص ٥٥؛ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي، مرجع سابق، ج ١/ص ٣٥٥؛ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤٠١؛ البوطي، ضوابط المصلحة، مرجع سابق، ص ٢٩٨.

(٣) الشافعي، الإمام محمد بن إدريس، (ت ٢٠٤هـ) الأم، تحقيق: د. رفعت فوزي عبدالمطلب، دار الوفاء، مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠١ م، ج ٣/ص ٧٤.

(٤) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ص ٢٧٥.

(٥) سورة البقرة، الآية [٢٢٨].

فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُسْكُوهُمْ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴿١﴾، وذلك نص في أن الرجعة إنما ملكها الله تعالى لمن قصد الصلاح دون من قصد الضرار.

٢- وقال تعالى: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةً يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ﴾ (٢). فإنما قدم الله الوصية على الميراث، إذا لم يقصد بها الموصي الضرار، فإن قصده فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها.

٣- قول النبي ﷺ: (إنما الأعمال بالنية، وإنما لامرئ ما نوى) (٣).

ووجه الدلالة: أن المقاصد والنيات معتبرة في العقود، فلا يصححون العقود إلا إذا كانت النيات والمقاصد معتبرة شرعاً بأن توافق مقاصد الشارع هذه العقود، أما تحديد كون التحليل مقصوداً من هذا العقد فيكتفون فيه بوجود القرائن ودلائل الأحوال.

٤- قول النبي ﷺ: (لعن الله المحلل، والمحلل له) (٤).

فالمتحليل لم يرد حقيقة الزواج، بل أراد التحليل، وهو ليس مراد الشارع من الزواج، لذا استحق اللعن لقصده مخالفة مقصد الشارع بهذا النكاح، وقد أتت النصوص باستفسار النبي ﷺ من المرأة لما أتته المرأة تسأله عن حكم عودتها لزوجها الذي طلقها ثلاثاً، بعد أن نكحت غيره، فلم يعتبر النبي ﷺ بمجرد وجود عقد النكاح، وإنما أكد

(١) سورة البقرة، الآية [٢٣١].

(٢) سورة النساء، الآية [١٢].

(٣) رواه البخاري، مصدر سابق، ص ١٢٣٨، كتاب الخيل، باب ترك الخيل، ح: ٦٩٥٣.

(٤) رواه أبو داود والترمذي.

سنن أبي داود، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٢٢٧، كتاب النكاح، باب في التحليل، ح: ٢٠٧٦.

سنن الترمذي، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤٢٧، كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، ح: ١١١٩.

حقيقته بوجود الجماع بين الزوجين، وجعله قرينة على الجدية في النكاح. ففي الحديث أن امرأة طلقت من زوجها، فتزوجت من رجل بعده، ثم طلقت، وأرادت الرجوع إلى زوجها الأول، ولم يمسه الزوج الثاني، فقال لها النبي ﷺ: (لا، حتى تذوقي عسيلته، ويدوق عسيلتك) ^(١)، أي كناية عن الجماع ^(٢).

وفي رواية أنها جاءت النبي ﷺ تريد الطلاق من زوجها الثاني ^(٣)، فلم يكتف رسول الله ﷺ بمجرد ظاهر العقد، بل تأكد من وجود القرائن الدالة على الجدية في هذا النكاح، وفي هذه القصة، واستفسار النبي ﷺ دليل على أن مراعاة مقاصد الشرع مطلوبة، وأن العقد يعرف القصد منه من القرائن التي تحف به.

٥- واستدلوا بما روي عن رسول الله ﷺ: (إذا أقرض أحدكم قرضاً، فأهدى إليه، أو حملة على الدابة فلا يركبها ولا يقبله، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك) ^(٤). وهذا صريح في اعتبار الشارع للمقاصد، وأنها تعرف بالقرائن ودلالات الحال في التعامل بين الناس، فإن من أقرض رجلاً مبلغاً من المال، ثم باع هذا الرجل شيئاً بأقل من قيمته، أو أعاره شيئاً بلا مقابل، أو أهدى له هدية، ولم تجر العادة بينهما على ذلك، فإنه إنما فعله لأجل الدين الذي بينهما، وهذا كله من الزيادة التي هي من الربا ^(٥).

(١) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٩٧٧، كتاب الطلاق، باب إذا طلقها ثلاثاً ثم

تزوجت بعد العدة زوجها غيره فلم يمسه، ح: ٥٣١٧.

(٢) انظر: ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج ٩/ ص ٤٦٤.

(٣) انظر: ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ٩/ ٤٦٦.

(٤) رواه ابن ماجه في سننه، مصدر سابق، ٢/ ٨١٣، كتاب الهبة، باب القرض، ح: ٢٤٣٢. وقد حسنه

ابن تيمية في الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ٣/ ٢٤٤.

(٥) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ٣/ ٢٤٥.

- ٦- واستدلوا بحديث: (لعن النبي ﷺ عاصر الخمر ومعتصرها)^(١)، ومن المعلوم أن العاصر إنما عصر عنباً، ولكن لما كانت نيته إنما هي تحصيل الخمر، لم ينفعه ظاهر عصره، ولم يعصمه من اللعنة لباطن قصده ومراده.
- ٧- قول النبي ﷺ: (صيد البر لكم حلال وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يُصَدِّ لكم)^(٢). والحرمة هنا سببه قصد الصيد لأجل المحرم، فتغير الحكم لأجل القصد، بينما ظاهر الفعل أن الذي صاده إنما اصطاده لنفسه، لكن حيث وجد القصد حرم الأكل منه.
- ٨- استدلو أيضاً لاعتبار المقاصد في العقود، بأن عقود المكره وأقواله وجميع التصرفات والعقود الناشئة عنه ملغاة وغير معتبرة، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْأَيْمَنِ﴾^(٣)، وقول النبي ﷺ: (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٤). وهذا دليل على اعتبار القصد في العقود، فلو حكمنا بظاهر العقد فإن العقد صحيح، لاستكمال الشروط والأركان اللازمة.

(١) رواه الترمذي في سننه، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٥٨٩، كتاب البيوع، باب النهي أن يتخذ الخمر خلا، ح: ١٢٩٥.

(٢) رواه الترمذي وأبو داود والنسائي.

سنن أبي داود، مصدر سابق، ج ٢/ ص ١٧١، كتاب المناسك، باب لحم الصيد للمحرم، ح: ٨٤٦. سنن الترمذي، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٠٣، كتاب الحج، باب ما جاء في أكل الصيد للمحرم، ح: ٨٤٦.

سنن النسائي، مصدر سابق، ج ٥/ ص ١٨٧، كتاب مناسك الحج، باب أشار المحرم إلى الصيد فقتله الحلال، ح: ٢٨٢٧.

(٣) سورة النحل، الآية [١٠٦].

(٤) رواه ابن ماجه في سننه، مصدر سابق، ج ١/ ص ٦٥٩، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، ح: ٢٠٤٣.

قال ابن القيم بعد إيراده الأدلة على اعتبار المقاصد: «فهذه النصوص وأضعافها تدل على أن المقاصد تغير أحكام التصرفات من العقود وغيرها، وأحكام الشريعة تقتضي ذلك أيضاً، فإن الرجل إذا اشترى، أو استأجر، أو اقترض، أو نكح، ونوى أن ذلك لموكله أو لموليه كان له، وإن لم يتكلم به في العقد، وإن لم ينوه له، وقع الملك للعاقِد، وكذلك لو تملك المباحات من الصيد والحشيش وغيرها، ونواه لموكله وقع الملك له عند جمهور الفقهاء»^(١).

الضرع السادس: أدلة القائلين بعدم اعتبار المقاصد بالقرائن:

وهذا مذهب الحنفية والشافعية رحمهم الله جميعاً.

والمراد بقولهم أنهم ينظرون لظاهر التصرفات، أما المقاصد فلا يحكمون عليها من خلال الألفاظ والصيغة، وهذا مثل أن يقول: وهبتك هذا الثوب بكذا درهم، فعندها يعتبرون هذا العقد عقد بيع وليس هبة، لأن الألفاظ في العقد تدل على ذلك، وهو ذكر الثمن هنا.

أدلتهم:

١ - استدلوا بقوله تعالى في المنافقين: ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ

اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ﴾^(٢).

ووجه الدلالة في هذه الآية: أنه سبحانه وتعالى أمر بقبول ما أظهروا ولم يجعل لنبيه

ﷺ أن يحكم عليهم خلاف حكم الإيمان، فلما أظهروا الإيمان عصموا دماءهم في

الدنيا.

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٢٨ و ١٣٢.

(٢) سورة المنافقون، الآية [١].

قال الشافعي رحمه الله: «وفي جميع ما وصفت ومع غيره مما استغنيت بها كتبت عنه مما فرض الله تعالى على الحكام في الدنيا دليل على أنه حرام على حاكم أن يقضي أبداً على أحد من عباد الله إلا بأحسن ما يظهر، وأخفه على المحكوم عليه، وإن احتمل ما يظهر أحسنه كانت عليه دلالة بما يحتمل ما يخالف أحسنه وأخفه عليه، أو لم تكن لما حكم الله في الأعراب الذين قالوا: آمنا، وعلم الله أن الإيمان لم يدخل في قلوبهم، وما حكم الله تعالى به في المنافقين الذين أعلم الله أنهم آمنوا ثم كفروا وأنهم كذبوا بما أظهروا من الإيمان؟!»^(١).

٢- عن أم سلمة قالت: قال رسول الله ﷺ: (إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له به قطعة من النار)^(٢).

ألحن: أي أبلغ وأعلم بالحجة^(٣). فهذا الحديث يدل على أن الأخذ إنما هو بظاهر الأحوال.

٣- عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: (أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوا: لا إله إلا الله، فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها، وحسابهم على الله)^(٤). فهنا تأكيد للمبدأ الشرعي في الأخذ بالظاهر وأن السرائر موكولة إلى الله تعالى وحده^(٥).

(١) الإمام الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج ٩/ ص ٦٤.

(٢) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ١٢٤٠، كتاب الحيل، ح: ٦٩٦٧.

(٣) انظر: النووي؛ شرح صحيح مسلم، مصدر سابق، ج ٥/ ص ١٢.

(٤) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٢٢، كتاب الإيمان، باب: «فإن تابوا وأقاموا الصلاة»

[التوبة: الآيتان ٥، ١١]، ح: ٢٥.

(٥) انظر: الإمام الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج ٩/ ص ٦٣.

٤- استدلوا بحديث العجلاني: (أنه جاء - وهو أحيمر سبط نضو الخلق - فقال: يا رسول الله، رأيتُ شريك بن السحماء، يعني ابن عمه، وهو رجل عظيم الألتين أدعج العينين حاد الخلق، يصيب فلانة يعني امرأته، وهي حبلى، وما قربتها منذ كذا، فدعا رسول الله ﷺ شريكا فجحد، ودعا المرأة فجحدت، فلاعن بينهما وبين زوجها وهي حبلى، ثم قال: (أبصروها فإن جاءت به أدعج عظيم الألتين إلا قد صدق عليها، وإن جاءت به أحيمر كأنه وحره إلا قد كذب)، فجاءت به أدعج عظيم الألتين^(١)، فالنبي ﷺ لم يعاقب أحدا حتى بعد أن بان له بالقرائن كذب المرأة وشريك، وهذا لأنه ﷺ عاملهم بظاهر الأمر، ولم ينظر لما وراء ذلك^(٢).

٥- استدلوا بحديث ركانة: أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة المزنية البتة ثم أتى إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، إني طلقت امرأتي سهيمة البتة والله ما أردت إلا واحدة. فقال النبي ﷺ لركانة: (والله ما أردت إلا واحدة؟) فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة. فردها إليه النبي ﷺ، فطلقها الثانية في زمان عمر، والثالثة في زمان عثمان رضي الله عنهما^(٣).

(١) متفق عليه؛ رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ١٢١٨، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، ح: ٦٨٥٦؛ ومسلم في صحيحه، مصدر سابق، ج ٢/ ص ١١٢٩، كتاب اللعان، ح: ١٤٩٢.

(٢) الإمام الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج ٩/ ص ٦٣.

(٣) رواه أبو داود والترمذي.

سنن أبي داود، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٢٦٣، كتاب الطلاق، باب في البتة، ح: ٢٢٠٦.

سنن الترمذي، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤٨٠، كتاب الطلاق واللعان، باب الرجل يطلق امرأته البتة، ح: ١١٧٧.

وهنا حكم النبي ﷺ بقول ركاة ﷺ، مع أن اللفظ البتة يفيد غير ذلك، وعامله بما قال^(١).

تعليق الإمام الشافعي على النصوص السابقة:

أنقل كلام الإمام الشافعي ﷺ في الاستدلال لهذا الرأي: قال ﷺ معلقا على الأدلة السابقة ومبيناً مذهبه في المسألة: «وهذا يدل على أنه لا يفسد عقد أبداً إلا بالعقد نفسه، لا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره ولا بتوهم ولا بأغلب وكذلك كل شيء لا تفسده إلا بعقده، ولا تفسد البيوع بأن يقول هذه ذريعة وهذه نية سوء، ولو جاز أن نبطل من البيوع بأن يقال متى خاف أن تكون ذريعة إلى الذي لا يحل كان أن يكون اليقين من البيوع بعقد ما لا يحل أولى أن يرد به من الظن، ألا ترى أن رجلا لو اشترى سيفاً ونوى بشرائه أن يقتل به كان الشراء حلالاً، وكانت النية غير جائزة، ولم يبطل بها البيع، قال: وكذلك لو باع البائع سيفاً من رجل يراه أنه يقتل به رجلاً كان هكذا... فإذا دل الكتاب ثم السنة ثم عامة حكم الإسلام على أن العقود إنما يثبت بالظاهر عقدها لا يفسدها نية العاقدين كانت العقود إذا عقدت في الظاهر صحيحة أولى أن لا تفسد عاقدتها على عاقدتها، ثم لا سيما إذا كان توهما ضعيفا»^(٢).

وقال الشافعي أيضاً: «فمن حكم على الناس بخلاف ما ظهر عليهم استدلالاً على أن ما أظهروا يحتمل غير ما أظهروا بدلالة منهم أو غير دلالة، لم يسلم عندي من خلاف التنزيل والسنة»^(٣).

(١) الإمام الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج ٩/ ص ٦٤.

(٢) المصدر نفسه، ج ٩/ ص ٦٧.

(٣) الإمام الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج ٩/ ص ٦٥.

الضرع السابع: الترجيح بين أدلة الفريقين في المسألة :

مع قوة حجة الفريقين في الاستدلال إلا أن أدلة القول باعتبار المقاصد الباطنة بالقرائن أقوى عند النظر، ويظهر رجحان قولهم من خلال أمور:

١- عند التأمل في عدم إمراره ﷺ لأمر المرأة التي تريد الرجوع إلى الزوج الأول، ولما يدخل بها زوجها الثاني، فتأكيده ﷺ على اعتبار الجماع قرينة للجدية في النكاح، ومنعه إياها من الرجوع إلا إذا تحققت قرينة الجدية تؤكد أن اعتبار المقاصد، وأنها تعرف من القرائن الحافة أمر معتبر، وإلا لكان النبي ﷺ اكتفى بوجود عقد النكاح وأجرى التصرف على ظاهره، وهذا يدل على أن التصرفات التي هي محل تهمة ينظر للقرائن الحافة بها، فإذا وجد ما يعزز الاتهام فإن هذه القرائن تعتبر مرجحة ومظهرة للإرادة الباطنة.

٢- القول بعدم اعتبار القرائن يصير المعاملات إلى صورية لم يقل بها الشارع، ويظهر هذا في أمرين:

(أ) اعتبار صور المعاملات فقط يلغي وجود قصد شرعي، فإن الأحكام أنت مبنية على مقاصد شرعية، وإن القيام بتلك الأعمال مع نزع المقاصد منها أو مضادتها ينافيها تماما، حتى لو تطابقت الصور.

(ب) إن اعتبار ظاهر الأفعال أو صور التعامل فقط وإمرار الأحكام عليها؛ يعد إلغاء لكل القرائن الحافة التي لا ينفك الناس عن اعتبارها في معاشهم، فكيف يطالب الفقيه بأن يلغي كل هذه الاعتبارات عند حكمه على التصرف؟!

الضرع الثامن: أثر هذا الخلاف على حكم الحيل الفقهية:

١- اتفق الفقهاء أن من شروط التحيل الممنوع وجود قصد تغيير الحكم، فإذا لم يوجد وكانت الوسيلة شرعية فلم يقل أحد بمنع الحيلة.

٢- الفريق الأول: وهم المالكية والحنابلة، يعتبرون النيات والمقاصد في التصرفات، ويشثونها بالقرائن والملابسات، ودليلهم على التحيل كل ما يحف بالعقود والتصرفات من قرائن دالة على قصد التحيل.

٣- الفريق الثاني: وهم الحنفية والشافعية: لا يعتبرون النيات والمقاصد في العقود، إلا ما ظهر منها في صيغ العقد، أي ما يفهم من صيغة العقد فقط، وينبني عليه أن العقود والتصرفات التي ظاهرها الصحة الأصل فيها الصحة والقبول، ولا تفسد بالقرائن، فهم يضيقون جانب الظن والقرائن في التعاملات.

٤- مما ينبغي التنبه له عند النظر في إثبات القصد بالتحيل لتغيير الحكم، فإن الفريق الثاني - وهم المجيزون للحيل في الجملة - حتى لو ثبت أن القصد من التصرف حيلة لتغيير الحكم، فإنهم مختلفون في أثر ذلك على التصرف، لأنهم يرون جواز الحيلة في الجملة، إذ هي فرار من الحرام إلى الحلال بوسيلة مباحة^(١).

والأمثلة على ذلك عديدة فإنك تجد في مسألة التحليل للمطلقة ثلاثاً أن الحنفية يختلفون في حكم العقد إلى ثلاثة أقوال:

(أ) منهم من يميزها حتى لو صرح بقصد التحليل فيصحح النكاح والتحليل.

(ب) ومنهم من إذا صرح بقصد التحليل يرى جواز العقد، لكنه يمنع أثره وهو التحليل.

(ج) ومنهم من يمنع بفساد عقد النكاح ابتداءً، وعليه يمنع تحليل المرأة بهذا العقد وهو المذهب^(٢).

(١) انظر: الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ١٠.

(٢) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٤٠٥؛ ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤١٥.

الضرع التاسع: قاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمعاني»، وعلاقتها بهذه المسألة:

تبادر إلى الذهن هذه القاعدة الفقهية عند تناول أثر المقاصد على التصرفات، وليبيان مدى علاقتها بالمسألة، فقد رجعت إلى من كتب في القاعدة ممن صنف في القواعد الفقهية. فهذه القاعدة متفرعة من قاعدة: الأمور بمقاصدها، ويعبر عنها أيضا بلفظ: «العبرة في التصرفات» بدل: العقود، والتعبير بالتصرفات أفضل، لكونه أعم من التعبير بلفظة العقود، ورغم كون هذه القاعدة الفقهية متفق عليها عند الحنفية^(١)، ومختلف فيها عند الشافعية^(٢)، إلا أن تطبيقها لديهم ينحصر في موضوع واحد: هو إجراء العقد بلفظ عقد آخر، ويتضح هذا جليا من الأمثلة التي أوردها هؤلاء الفقهاء في شرحهم لهذه القاعدة، ولا يدخل فيها الحكم ببطان العقد إذا قصد به أمرا مخالفا لمقصد الشارع، قال الزرقا في شرحه للقاعدة: «المراد بالمقاصد والمعاني: ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر، كما سيأتي قريبا في انعقاد الكفالة بلفظ الحوالة»^(٣). فيستبين الفرق بين هذا الفريق ومن بعده في كيفية تحديد المقاصد الباطنة، فهنا لا بد من وجود التصريح بالمقصد من خلال الشروط أو العبارات التي من صلب العقد^(٤)، فيظهر مما سبق أن القاعدة ليست من صميم الموضوع الذي نتناوله، وإن كان لها في العموم علاقة به.

(١) انظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي، مرجع سابق، ج ٢/ ص ٩٦٦.

(٢) أوردها السيوطي في القواعد المختلف فيها، ونصها عنده: هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟

انظر: السيوطي؛ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، مصدر سابق، ص ١٦٦.

(٣) أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٤) انظر: د حسن احمد الغزالي، إنشاء الالتزام في حقوق العباد، دار عالم الكتب، السعودية، الطبعة

الأولى، ٢٠٠٠م، ج ٢/ ص ٢٦٥.

الفرع العاشر: علاقة الاعتبار بظاهر التصرفات بمبدأ الصورية:

لقد رجحت فيما سبق أن القرائن الحافة تدل على القصد الباطن للمتعاملين، وأن للمفتي أن يحكم على التصرف بناء على ما يحف به من قرائن، وأوردنا القول الآخر بإمرار الأعمال على ظاهرها، وحيث إن قبول التصرفات على ظاهرها مطلقاً يؤدي بنا إلى القبول بصورية الأعمال بعيداً عن مقاصدها الباطنة، فأجبت أن أختتم البحث هنا بتأكيد بُعد الشريعة عن الصورية.

أولاً: تعريف الصورية:

الصورة في اللغة هيئة الشيء وصفته، يقال صورة الشيء كذا؛ أي: هيئته، أو صورته كذا؛ أي: صفته^(١).

وعدّ بعض الباحثين الصورية رديفاً للحيلة الفقهية في الاستخدام، مع كون الصورية غلبت في الاستخدام لدى أهل القانون، والحيلة غلبت في الاستخدام لدى الفقهاء^(٢). وتعرف الصورية في القانون بأنها: اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت إظهار عقد كاذب لغرض لهما أو لأحدهما يكتانه عن الغير^(٣). وعرفت أيضاً بأنها: اصطناع مظهر كاذب في تكوين تصرف قانوني^(٤). وهناك تعريف أقرب لتطبيقاتها في موضوع الحيل الفقهية، وهو: إظهار أمر وإخفاء آخر، بحيث يكون الظاهر

(١) ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج ٥ / ص ٤٢٧.

(٢) انظر: د. حمداتي ماء العينين، الصورية في الشريعة والقانون، الهلال العربية للنشر، د.م، الطبعة الأولى، ١٩٩٤ م، ص ١٠.

(٣) المرجع نفسه، ص ١٦٣.

(٤) د. عبد الحميد الشواربي، عز الدين الدناصوري، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، دن، د.م، د.ت، الطبعة الثامنة، ص ٩.

غير مقصود، وذلك لإخفاء حقيقة الأمر المستتر^(١). فكأن المراد بالصورية: قبول الصورة الظاهرة للتصرفات، بعيدا عن مقاصدها، حتى لو كان المقصود منها يخالف ظاهرها^(٢). فعلى ما سبق يمكن تعريف الصورية المقصودة عند الحديث عن الحيل الفقهية، بأنها: إخراج التصرف في صورة توافق الأمر الشرعي مع مخالفته له في الحقيقة والباطن. فالصورية يراد بها التدليس على الغير بإظهار الحسن من الشيء وإخفاء مساوئه، أو لإخفاء ما فيه بطلان هذا التصرف وإلغاؤه^(٣)، وفي موضوع الصورية التي تتعلق بالحيل الفقهية إظهار كل ما فيه تصحيح للفعل، وإخفاء كل ما فيه إبطال أو إفساد له؛ كأن يكون هذا التصرف المقبول في صورته قد سبقه شرط تواطأ الطرفان على اعتباره جزءا من العقد، وهذا الشرط يغير حكم هذا العقد إلى ما هو ممنوع شرعا، لكن سبق قصدا منها بأن تظهر صورة العقد بما يتفق وأحكام الشرع، تحيلا منها على الشرع، أو يكون هذا التصرف المباح في ظاهره يراد به تعطيل المقصد شرعي، كصورة البيع في مسألة العينة لأجل الزيادة الربوية^(٤).

وحيث ذكرنا أن بعض الباحثين يعد الصورية مصطلحا رديفا للحيل، فالذي يظهر لي أن الصورية جزء من الحيل الفقهية، أو هي بعض تطبيقات الحيل الفقهية أو صورها، وليست رديفة لها، لكن هناك حيلة فقهية لا علاقة لها بالصورية، مثل التحيل بجمع بعض العقود إلى بعض، فلا يوجد صورية، ولكن جمعا لعقدين للتوصل إلى ممنوع.

(١) انظر: محمود الديب، الحيل في القانون المدني، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٤م، ص ٨٤.

(٢) المصدر نفسه، ص ٨٤.

(٣) د. عبد الحميد الشواربي، عز الدين الدناصري، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص ٢٠.

(٤) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٥٢.

ثانياً: الشريعة أتت ليعمل بها المكلف ظاهراً وباطناً:

ومما لا شك فيه أن الشريعة أتت بصيغ وصور للتعاملات الجائزة، كألفاظ عقدي النكاح والبيع وغيرهما، لكن لا يصح أن يقال بأن الأمر يتوقف عند هذه الألفاظ أو الصور.

فالفقهاء متفقون على أن الأحكام الشرعية أتت ولها مقاصد ومصالح تحققها، سواء علمت هذه المقاصد والمصالح أم خفيت على البعض، وتصور قبول صور الأعمال مع مناقضتها لمقاصدها التي بنيت عليها أمر لا يمكن أن يتفق مع هذا المبدأ، وهذه المصالح تعم جميع تصرفات الإنسان، وليست مقتصرة على تصرف بذاته، ولا يصح أن نحصر هذه المقاصد والمصالح في مجرد هذا التصرف، فإنها عامة تحكم حركة الإنسان وتعامله في كل الشؤون، والمصلحة الكلية تحقق بأن يكون المكلف تحت قانون معين من تكاليف الشرع في جميع تصرفاته^(١).

ويرى ابن تيمية رحمته الله أن الصورية الناتجة عن الحيل تتضمن مفسدتين، الأولى: إرادة وجود الشيء ظاهراً وعدمه في الباطن، والثانية: مفسدة عدم قصد ما وجد العقد الشرعي من أجله، وهذا كله عبث والشرع ينزه عن ذلك^(٢). ولذلك نقل ابن تيمية رحمته الله مثلاً للصورية التي ظن قوم أن الشرع يقبلها للخروج من الشبهة، قال: «ولقد بلغني أن بعض المرابين من الصيارفة قد جعل عنده خرزة من ذهب، فكل من جاء يريد أن يبيعه فضة بأقل منها لكونها مكسورة، أو من نقد غير نافق ونحو ذلك، قال له الصيرفي: بعني هذه الفضة بهذه الخرزة، ثم يقول: ابتعت هذه الفضة بهذه الخرزة!»^(٣). ومعلوم أن هذا البيع صوري لأنه لا يقبل الطرفان بحقيقته أو إتمامه، وإنما جعل محلاً للربا.

(١) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٨٦.

(٢) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٩٥.

(٣) انظر: المصدر نفسه، ج ٣/ ص ٢٢١.

حقيقة وجود الفرق بين الحلال والحرام :

وأنقل كلاما لابن القيم في موضوع صورية الأعمال ومدى قبول هذا المبدأ في الشريعة، قال رحمته الله: «لا بد أن يكون بين الحلال والحرام فرق في الحقيقة، وإلا لكان البيع مثل الربا والنكاح مثل الزنا، ومعلوم أن الفرق في الصورة دون الحقيقة ملغى عند الله ورسوله، ومن تأمل الشريعة علم بالاضطرار صحة هذا، فالأمر المحتال به على المحرم صورته صورة الحلال، وحقيقة مقصوده حقيقة الحرام، فلا يكون حلالا»^(١).

فكلامه رحمته الله قيم في كون الصورية ليست متوافقة مع الشريعة الإسلامية، لوجود المقاصد خلف كل حكم. وقال أيضا: «فلا تراعى الصورة وتلغى الحقيقة والمقصود»^(٢).

ثالثا: مقتضيات الصورية بقاء صورة الأفعال ورفع المصلحة منها:

إن الصورية تقتضي أن نقبل بصورة العمل مع فوات المصلحة منه، وهذا لا يمكن أن يتوافق مع الشريعة الإسلامية. وللشاطبي كلام في معنى رفع المصلحة من التصرف مع بقاء صورته، قال: «إذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية، فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقا والمصلحة مخالفة فالفعل غير صحيح وغير مشروع، لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها»^(٣). وضرب لذلك مثلا الهبة التي يراد بها التهرب من الزكاة، فإنها غير موافقة للمصلحة التي لأجلها شرعت الهبة، بل هي على الضد، يقصد بها الإضرار بالفقراء، لذا لم ينفعها مشابقتها لصورة الهبة في الشرع، وأضرها القصد المخالف، ومراد الشاطبي من قوله: ليست مقصودة لأنفسها، أي ليس لمجرد صورها وأشكالها^(٤). ومن

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٣٧. باختصار يسير.

(٢) المصدر نفسه، ج ٣/ ص ١٧٧.

(٣) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٨٥.

(٤) انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

الأمثلة على الصورية في مسائل الحيل: إذا أراد الرجل أن يأخذ فائدة على الآخر مقابل قرض، فينشأ المعاملة بصورة بيع العينة، فمتى طلب منه المقترض ألفا وما عنده من بضاعة لا تساوي مئتين، أي خمس المبلغ المطلوب، فيقومان بتكرار صورة البيع خمس مرات أو أكثر حتى يتحقق في ذمته ألف درهم ببيع صورية^(١).

فهذه الصورية المقيتة لا يمكن أن يقرها من فهم الشرع أيا كان الاسم الذي يطلق عليها.

الصورية هي التي جرت العذاب:

إن حيل اليهود كانت تدور على الصورية، بمعنى القيام بالمحرم والممنوع في صورة الحلال، فإذا تأملنا في النصوص التي وردت في حيل بني إسرائيل نجد أن الصورية التي حاولوا أن يتلاعبوا بها جرت عليهم العذاب، قال ابن القيم: «إن اليهود لم ينتفعوا بعين الشحم، وإنما انتفعوا بثمنه، ويلزم من راعى الصور والظواهر والألفاظ دون الحقائق والمقاصد أن لا يجرم ذلك، فلما لعنوا على استحلال الثمن، وإن لم ينص لهم على تحريمه، علم أن الواجب النظر إلى الحقيقة والمقصود، لا إلى مجرد الصورة»^(٢).

وعلى ما سبق فلا يمكن نسبة الصورية للإسلام لأمرين:

الأول: وجاهة القول باشتراط تطابق المقاصد التي شرع لأجلها الفعل مع صورته، والنقول التي نقلناها عن الأئمة: ابن تيمية وابن القيم والشاطبي رحمهم الله صريحة في اشتراط التطابق، وبعد الشريعة عن الصورية.

والثاني: أن من يقول بإعمال الظاهر فإنه وإن كان يجيز التصرفات التي ظاهرها الصحة، لكنهم يتفقون مع المانع على أن هذا لا ينفي عن فاعلها الإثم إن نوى بها مخالفة

(١) انظر: الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ١٠.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٥٢.

الشريعة بأي وجه من الوجوه، ويفرقون بين صحة الفعل في الظاهر وإثم صاحبه أخروياً، وهذا يؤكد أنهم لا يميزون الفعل لكن يكون حسابه إلى الله، وفرق بين هذا والصورية التي يقصدها المغرضون^(١). قال ابن حجر رحمته الله: «في الجملة لا يلزم من صحة العقد في الظاهر رفع الحرج عمن يتعاطى الحيلة الباطلة في الباطن»^(٢). وهذا المعنى مما اتفق عليهما سائر فقهاء المذاهب، ومثله كون القاضي يحكم بظاهر الحال، أو بمن هو أقوى حجة، لكن هذا الحكم لا يبطل الحقوق في الآخرة! وهذا مما يؤكد أن الشريعة الإسلامية لا يمكن ثلمها بأنها تقبل التصرفات على ظاهرها وترضى من الأفعال بصورتها المجردة، حتى لو خالفت مقاصدها ومبادئها، فقد أتت الشريعة بأحكام متعلقة بالدنيا وبنى عليها حرمة أو جواز هذه الأعمال، و يترتب على ذلك فساد لهذه الأعمال أو صحة وهذا في الدنيا، وأنت كذلك بجزء من ثواب أو عقاب متعلق بالآخرة، فهذا الأخير لا يمكن تعطيله بأي حيلة سواء حيلة بالتدليس أو بالصورية، لأن حسابه عند الله تعالى، وهذا من خصائص الشريعة في وجود مبدأ الرقابة الذاتية من قبل المكلف لأفعاله وتصرفاته، لأنه محاسب عليها في نهاية الأمر، قال ابن القيم: «لو أوجب تبديل الأسماء والصور تبدل الأحكام والحقائق لفسدت الديانات وبدلت الشرائع»^(٣).

(١) انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج ٤/ ص ١٨٢.

(٢) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مصدر سابق، ج ١٢/ ص ٣٣٦.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٥٧..

المبحث الثاني

حكم الحيل الفقهية وأدلتها كل فريق

تناولت في هذا المبحث تحرير محل الخلاف بين الفقهاء، وبحث القول بمنع الحيل الفقهية وأدلتها، ثم بحث القول بجواز الحيل الفقهية وأدلتها، وبينت ضوابط القائلين بالجواز، ثم قمت بمناقشة أدلة الفريقين، ورجحت للقول الأقوى.

تمهيد

إن كل ما سبق من مباحث هو تمهيد ومقدمة للتوصل إلى الحكم الشرعي للحيل الفقهية، التي يقصد بها تغيير حكم شرعي بالتوسل بطريقة مباحة، كمن يهب ماله لمن يثق برده قبيل حولان الحول، إسقاطاً لوجوب الزكاة عنه، وكعقد الزواج الذي يقصد به تحليل المرأة المطلقة ثلاثاً لمن طلقها، وهذا القسم هو موضوع النزاع ومحل الاشتباه بين الفقهاء^(١).

تحرير محل الخلاف بين الفقهاء في المسألة:

وقبل عرض الأدلة ينبغي ذكر أمور تتعلق بتحرير محل الخلاف:

١- لقد اتفق المانعون والمجيزون لهذا النوع من الحيل على اشتراط وجود القصد إلى التحيل لأجل وصفها بالحيلة الفقهية، فإنه ينبغي الأخذ بعين الاعتبار للارتباط بين خلافهم في أثر مقاصد المكلفين، وكيفية إثبات المقاصد الباطنة وارتباطها بخلافهم هنا، لذا استدل كل من الفريقين بحديث: (إنما الأعمال بالنيات) لأن مرجع كل من الفريقين إلى نية العامل^(٢).

٢- إن فريقاً من المجيزين للحيل لا يفتون بجواز الحيل التي يظهر أصحابها أو ينصوا في التصرفات على إرادة معارضة الحكم الشرعي، أو مخالفة قصد الشارع، أو أن الحيلة

(١) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٩٤.

(٢) انظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مصدر سابق، ج ١٢/ ص ٣٢٩.

تبطل حقا أو تحق باطلا، قال محمد بن الحسن رحمته الله: «ليس من أخلاق المؤمنين الفرار من أحكام الله بالحيل الموصلة إلى إبطال الحق»^(١).

٣- إن من أجاز الحيل أو من منعها إنما نظر من زاوية من زوايا المصالح العامة التي أتت الشريعة بمراعاتها، فلا يصح ابتداء أن يقال: إن المجيز للحيل يميزها مع مخالفتها لمقاصد الشريعة، وكذلك الحال بالنسبة للمانع للحيل، قال الشاطبي: «ولا يصح أن يقال: إن من أجاز التحيل في بعض المسائل مقرّ بأنه خالف في ذلك قصد الشارع، بل إنها أجازته بناء على تحري قصده، وأن مسألته لاحقة بقسم التحيل الجائز الذي علم قصد الشارع إليه، لأن مصادمة الشارع صراحا علما أو ظنا لا تصدر من عوام المسلمين، فضلا عن أئمة الهدى وعلماء الدين!»^(٢).

٥- ينبغي أن يعلم أن كلا الفريقين؛ المانعين للحيل، والمجيزين لها، عندما أورد كل من الفريقين الأدلة التي احتج بها على ما يراه صوابا، قد أورد الأدلة التي تتناسب مع محل الخلاف بالإضافة إلى الأدلة المتعلقة بأقسام الحيل التي هي خارج موضع النزاع، أي أدلة الأقسام التي لا خلاف فيها، لذا فأنا أجتهد في ذكر وجه الاستشهاد من هذه الأدلة لدى كل طرف، وأنوه أن من هذه الأدلة ما قد سبق إيراده في أدلة القسم المتفق على جوازه أو المتفق على حرمة، وكذلك فإن من الأدلة ما استدل به الفريقان؛ كحديث النيات المشهور، فقد استدل به الفريقان، قال ابن حجر في شرحه لحديث: (إنما الأعمال بالنيات) في كتاب الحيل: «واستدل به من قال بإبطال الحيل ومن قال بإعمالها، لأن مرجع كل من الفريقين إلى نية العامل»^(٣).

(١) المصدر نفسه، ج ١٢ / ص ٣٢٩.

(٢) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢ / ص ٣٨٨.

(٣) ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج ١٢ / ص ٣٢٨.

المطلب الأول القول بمنع الحيل الفقهية وأدلتها

وفيه فروع:

الفرع الأول: تحرير مذهب المانعين للحيل:

وهو مذهب المالكية^(١) والحنابلة^(٢)؛ ويرون حرمة كل حيلة كان القصد منها تغيير

الحكم الشرعي بواسطة مباحة لم توضع لذلك الشيء.

وقال بتحريمها كذلك: الإمام الشوكاني^(٣) (ت ١٢٥٠هـ)، فقد قال: «كل حيلة

تنصب لإسقاط ما أوجبه الله أو تحليل ما حرمه فهي باطلة»^(٤).

ومنعهم لها لوجود إرادة تغيير الحكم الشرعي وقصد مصادمة المقاصد الشرعية

بواسطة هذا التصرف. ويترتب عليه عندهم بطلان هذه التصرفات والعقود وإلغاؤها،

معاملة للمتحيل بنقيض قصده^(٥). وشرطهم في الإبطال وجود قصد التحيل، ويعرف

بالتصريح أو القرائن، لذا فعندهم لو ثبت عدم قصد التحيل فإنهم لا يجرمون التصرف.

ومثال ذلك: في مسألة من اشترى ثمرا قبل بدو صلاحه بشرط القطع الفوري للثمر،

فحدث له ما أخر قطعه حتى بدا صلاحه، فعند الحنابلة أنه إن كان فعل ذلك تحيلا على

(١) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٨٤.

(٢) انظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٥٦.

(٣) الشوكاني؛ محمد بن علي بن محمد، إمام وفقه مجتهد من أهل اليمن، ولي القضاء بصنعاء، له ١١٤

مؤلفاً، من أشهرها نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، وإرشاد الفحول في أصول الفقه، ولد عام

١٧٦٠ م، وتوفي عام ١٨٤٣ م. انظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج ٦/ ص ٢٩٨.

(٤) الشوكاني؛ محمد بن علي بن محمد (ت ١٢٥٠هـ)، السيل الجرار، تحقيق: محمود زايد، دار الكتب

العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ هـ، ج ٢/ ص ٧٧.

(٥) انظر: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، أصول مذهب الإمام أحمد، مكتبة الرياض الحديثة،

الرياض، السعودية، الطبعة الثانية، ١٩٧٧ م، ص ٤٥١.

المنع من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فالبيع باطل لوجود الحيلة، ويترتب عليه أن يأخذ المشتري ماله، ويرد على البائع الثمر، أما لو حدث هذا بغير قصد، كأن مرض المشتري وعجز عن القطع فلا شيء عليه، والبيع صحيح^(١). فإرادة التحيل وقصده شرط عندهم في تحريم الفعل أو التصرف.

الفرع الثاني: أدلة القائلين بمنع الحيل :

أنوه قبل ذكر أدلة الفريقين أن أكثر من عنى بذكر الأدلة: ابن تيمية وابن القيم والشاطبي رحمهم الله تعالى، فقد ذكروا جل الأدلة، وناقشوها بالتفصيل على ما سيأتي بيانه حال إيراد الأدلة، بل إن من أدلة المجيزين للحيل ما لا تجد ذكره إلا عندهم. ولو نقلت ما كتبه ابن تيمية من أدلة في تحريم الحيل لطلال الأمر جدا، حيث أسهب في سرد أدلة التحريم من الكتاب والسنة وآثار السلف، ومن أدلة المعقول، وكذلك أسهب في تفنيد حجج المجيزين للحيل، وقد حرصت على عدم الإطالة، والاكتفاء بأهم الأدلة لكل فريق بما يؤدي المقصود.

أولا: أدلتهم على التحريم من القرآن الكريم:

١ - قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِينَ اعْتَدَوْا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ﴾^(٢)، وسبق ذكر هذه الآية ووجه الاستدلال عند ذكر الحيل المحرمة اتفاقا، وهي نص في موضع الخلاف، حيث احتالوا بوضع الشباك يوم الجمعة ويخرجونها يوم الأحد، فعاقبهم الله على حيلتهم بالمسخ قرده وخنازير^(٣)، وقد قال بعض السلف لما سمع ببعض الحيل الربوية: «لقد مُسَخَّ اليهود قرده بدون هذا»^(٤).

(١) انظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤ / ص ٧٤.

(٢) سورة البقرة، الآية [٦٥].

(٣) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤ / ص ٣٨١.

(٤) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣ / ص ١١٦.

وقول الله تعالى: ﴿وَمَوْعِظَةٌ لِّلْمُتَّقِينَ﴾^(١)، أي: موعظة لأمة محمد ﷺ ليتعظوا بهم ويمتنعوا عن مثل أفعالهم^(٢).

٢- قصة أصحاب الجنة الذين أرادوا إسقاط حق الفقراء في قوله تعالى: ﴿إِنَّا بَلَوْنَهُمْ كَمَا بَلَوْنَا أَصْحَابَ الْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ وَلَا يَسْتَأْذِنُونَ. فَطَافَ عَلَيْهَا طَائِفٌ مِّن رَّبِّكَ وَهُمْ نَائِبُونَ. فَأَصْبَحَتْ كَالصَّرِيمِ﴾^(٣)، سبق إيراد الآية في أدلة الحيل المحرمة اتفاقاً، ووجه الاستدلال أن هذا التحيل على الصدقة بقطعها قبل وقتها، كمن يفر من حق المساكين في الزكاة بالتصرف في النصاب قبل الحول^(٤)، والآية نزلت في مثل هذا، وقد عاقبهم الله تعالى في الدنيا قبل الآخرة^(٥).

٣- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبِغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾^(٦).

ووجه الدلالة في هذه الآية: أن الله تعالى حرم على الرجل أن يراجع المرأة بعد تطليقها بقصد مضاررتها، حيث كان الرجل يطلق امرأته ثم يراجعها لأجل أن تطول بذلك العدة، فلا يرتجعها إلا بغرض الإضرار بها^(٧)، ويقصد بغير مضار: أي غير مضار بالورثة، فإن قصد المضارة بهم بأن أوصى أكثر من الثلث أو احتال ليوصي لأحد الورثة، أو قصد من

(١) سورة البقرة، الآية [٦٦] وسورة آل عمران، الآية [١٣٨]، وسورة المائدة، الآية [٤٦]، وسورة النور، الآية [٣٤].

(٢) انظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٥/ ص ٢٠٤.

(٣) سورة القلم، الآيات [١٧ - ٢٠].

(٤) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٣٨١.

(٥) انظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٣٦١.

(٦) سورة البقرة، الآية [٢٣١].

(٧) انظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مصدر سابق، ج ١/ ص ٢٨١.

الوصية الإضرار ببعض الورثة كل ذلك لا يجوز شرعاً، قال الشاطبي معلقاً على الآيات السابقة: «هذه كلها حيل على بلوغ غرض لم يشرع ذلك الحكم لأجله!»^(١)، فمن مجمل الآيات السابقة يتبين لنا أن التصرف المباح إن قصد به المكلف التوصل إلى تغيير الحكم الشرعي محرم، وما الحيل إلا من هذا النوع^(٢).

٤ - قوله تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَقُولُ ءَامَنَّا بِاللَّهِ وَبِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَا هُمْ بِمُؤْمِنِينَ ۝ مُحَمَّدٍ عُرِبَ اللَّهُ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾^(٣).

ووجه الدلالة: أن الخداع وهو إظهار أمر وإبطان آخر من المحرمات، وهكذا هي الحيل، يظهر المرء قصداً مباحاً وهو يريد به تعطيل أحكام الله، أو مخالفة مقاصد الشريعة، وهذا ضرب من النفاق العملي كما أن الأول ضرب من النفاق الاعتقادي^(٤)، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه أتاه رجل فقال: إن عمي طلق امرأته ثلاثاً أيجلها له رجل؟ فقال: (من يخادع الله يخدعه!)^(٥).

وقال شريك بن عبد الله القاضي^(٦) رحمته الله (ت ١٧٧ هـ) عن كتاب الحيل: «هو كتاب المخادعة!»^(٧).

(١) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٨٢.

(٢) انظر مجمل الأدلة لدى الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ١/ ص ٢٧٥ و ٢٧٩؛ ج ٢/ ص ٣٨٦، ٣٨١.

(٣) سورة البقرة، الآيات [٨-٩].

(٤) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٨٠.

(٥) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١١١.

(٦) شريك بن عبد الله القاضي، النخعي، من الحفاظ، تولى القضاء مكرها، قال الذهبي: «كان من كبار الفقهاء، وبينه وبين الإمام أبي حنيفة وقائع». أ.هـ. توفي سنة ١٧٧ هـ.

انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج ٨/ ص ٢٠٠.

(٧) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١١٢.

ثانياً: الأدلة على التحريم من السنة:

١ - استدلوا بحديث النيات المشهور، قال ﷺ: (إنما الأعمال بالنية، وإنما لامرئ ما نوى)^(١).

وقد صدر الإمام البخاري^(٢) (ت ٢٥٦هـ) في صحيحه كتاب الحيل بهذا الحديث، ولا يخفى فقه البخاري في تبويبه لكتابه^(٣)، وجعل بعض الفقهاء الاستدلال بهذا الحديث على سد الذرائع وإبطال التحيل من أقوى الأدلة^(٤).

ومما ينبغي الإشارة إليه أن هذا الحديث الشريف من الأدلة التي استدلت بها كلا الطرفين، قال ابن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)^(٥): «واستدل به من قال بإبطال الحيل ومن قال بإعمالها، لأن مرجع كل من الفريقين إلى نية العامل»^(٦).

(١) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ١٢٣٨، كتاب الحيل، باب: في ترك الحيل، ح: ٦٩٥٣.

(٢) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن بردزبه البخاري، إمام أهل الحديث، وكتابه الصحيح أعلى الكتب صحة بعد القرآن الكريم، من كبار الحفاظ، حتى قيل: كل حديث لا يعرفه البخاري فليس بحديث، ابتلي في آخر عمره بالحساد فطرد من بخارى، توفي بعدها في خرتنك قريب من سمرقند سنة ٢٥٦هـ، رحمه الله وأعلى منزلته. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج ١٢/ ص ٣٩١.

(٣) ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج ١٢/ ص ٣٢٧.

(٤) المصدر نفسه، ج ١٢/ ص ٣٢٧.

(٥) ابن حجر العسقلاني؛ أحمد بن علي بن محمد بن محمد الشافعي، الإمام الحافظ، اشتهر بابن حجر نسبة لأحد أجداده، فقيه مصر وقاضيه، له كتب كثيرة أشهرها: فتح الباري شرح صحيح البخاري، توفي سنة ٨٥٢هـ.

(٦) ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج ١٢/ ص ٣٢٨.

إذ الأعمال معتبرة بالقصود يحكم عليها تبعاً لها، أما الصورة والشكل والاسم في العمل فلا يغني عن الحقيقة والقصد شيئاً، فليس للرجل من عمله إلا ما نواه، كمهاجر أم قيس فإنه رغم تبعه في الهجرة إلا أنه لن يكون له إلا ما نواه. وعلق ابن القيم على الحديث: «هذا نص في أن من نوى التحليل كان محللاً، ومن نوى الربا بعقد التباعد كان مرابياً، ومن نوى المكر والخداع كان مكرراً مخادعاً، ويكفي هذا الحديث وحده في إبطال الحيل، ولهذا صدر به حافظ الأمة محمد بن إسماعيل البخاري بإبطال الحيل»^(١).

لذا فإن من أراد أن يقرض رجلاً ألف درهم ويردها له ألفاً وخمسمئة، فأعطاه تسعمئة درهم، وباعه ثوباً قيمته مئة درهم بستمئة درهم، فإنه إنما أراد الزيادة الربوية.

٢- حديث: (لعن الله المحلل، والمحلل له)^(٢). وهذا نص في تحريم هذا النوع من الحيل، والصحابة أبطلوا هذا العقد، ولم يعتدوا به. وهو من النصوص الواضحة في حرمة كل تصرف مباح، لم يُرد لذاته، بل لتغيير حكم شرعي، وسبق وعلقنا على الحديث عند تناولنا لأدلة اعتبار المقاصد الباطنة.

٣- حديث: (من أدخل فرساً بين فرسين - يعني وهو لا يُؤمّن أن يُسبق - فليس بقمار، ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أمّن أن يُسبق فهو قمار)^(٣). وهذا الحديث أيضاً

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢١٥.

(٢) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي، انظر:

سنن أبي داود، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٥٦٢، كتاب النكاح، باب في التحليل، ح: ٢٠٧٦،

سنن ابن ماجه، مصدر سابق، ج ١/ ص ٦٢٢، كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، ح: ١٩٣٤.

سنن الترمذي، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤٢٧، كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، ح: ١١١٩.

(٣) رواه أبو داود وابن ماجه .

سنن أبي داود، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٣٠، كتاب الجهاد، باب في المحلل، ح: ٢٥٧٩.

سنن ابن ماجه، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٩٦٠، كتاب الجهاد، باب السبق والرهان، ح: ٢٨٧٦.

نص في موضع الخلاف^(١)، وهو استخدام وسيلة مباحة في الظاهر، ولكن القصد منها تحليل محرم وهو القمار، إذ إن مشاركة الفرس الثالث لا معنى لها لأنه لا يمكن له السبق، فلا وجود له حقيقة في السباق، وإنما مشاركته صورية لا قيمة لها^(٢).

٤- الحديث عن رسول الله ﷺ، أنه قال: (لا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلاء)^(٣). وهو من أظهر الأدلة للمانعين للحيل في موضع النزاع، وإيراد الإمام البخاري له في كتاب الحيل من فقهه رحمه الله، فالوسيلة التي استخدمها صاحب الماء جائزة، وهي منع الأنعام من ماء بئر لأنه يملكه بالحفر، لكن قصده محرم وهو منع الناس من الرعي حول البئر، وهو لا يملك ذلك فهي حيلة ليخلو المرعى لصاحب البئر^(٤).

٥- الاستدلال بأحاديث النهي عن بيع العينة، قال ﷺ: (إذا ضن الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة، وتركوا الجهاد، واتبعوا أذناب البقر، أدخل الله عليهم ذلاً لا ينزعه حتى يتوبوا ويرجعوا إلى دينهم)^(٥).

(١) انظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٥/ ص ٢٠٤.

(٢) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٢٢.

(٣) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ١٢٣٩، كتاب الحيل، باب ما يكره من الاحتيال في البيوع، ولا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلاء، ح: ٦٩٦٢.

(٤) انظر: ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج ١٢/ ص ٣٣٥.

(٥) رواه أبو داود وأحمد في مسنده.

سنن أبي داود، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٧٤، كتاب الإجارة، باب في النهي عن العينة، ح: ٣٤٦٢. ورواه أحمد عن ابن عمر، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٢٨، ح: ٤٨٥٨، وأحمد عن ابن عمر أيضاً، ج ٢/ ص ٨٤، ح: ٥٥٦٢. انظر: الإمام أحمد بن حنبل (ت ٢٤١هـ)، مسند أحمد، دار قرطبة، مصر، د.ط، د.ت، قال ابن حجر عن إسناده إلى ابن عمر: إسناده ضعيف، وله عند أحمد إسناده آخر أجود وأمثل منه، ومن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص نحوه عنده بإسناد ضعيف. انظر: ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: السيد عبد الله هاشم، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، ج ٢/ ص ١٥١.

والعينة في أصل اللغة: السلف^(١)، والسلف يعم تعجيل الثمن وتعجيل المثل، وهو الغالب في العينة، والعينة اشتقت من حاجة الرجل إلى العين من الذهب والورق، يشتري السلعة ويبيعها بالعين الذي احتاج إليه، وليست به إلى السلعة حاجة^(٢).

قال ابن عباس: (اتقوا هذه العينة، لا يبيع دراهم بدراهم، وبينهما حريرة)^(٣). فالعينة نوع من التصرف يقصد به صاحبه التوصل إلى الربا المحرم بواسطة عقد بيع، فالعينة أن يبيع رجل لآخر عينا كطعام أو قماش بقيمة مؤجلة، ثم يعود فيشتريها منه بثمن أقل ولكن معجل، فتكون النتيجة أنه أسلفه بفائدة، ولكن وضعت السلعة في العقد تحيلا على الربا، فهنا ضم القماش أو الطعام إلى عقد الإقراض وهو ليس مطلوبا لذاته، لأجل التحيل على الربا الصريح^(٤). وعند المالكية تتأكد الحرمة سدا لذريعة التحيل إلى الربا^(٥). ومما يعزز تحريم هذا النوع من الحيل ما ورد من حديث أم العالية قالت: (دخلت على عائشة رضي الله عنها في نسوة فقالت: ما حاجتكن؟ فكان أول من سألها "أم محبة"، فقالت: يا أم المؤمنين هل تعرفين زيد بن أرقم؟ قالت: فإني بعته جارية لي بثمان مائة درهم قبل العطاء، فأراد أن يبيعها، فابتاعها بستمئة درهم نقدا! فأقبلت عليها غضبي، فقالت: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت، أبلغني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده إلا أن يتوب. وأفحمت صاحبتنا فلم تتكلم طويلا، ثم إنه سهل عنها، فقالت: يا أم المؤمنين أرأيت إن لم آخذ إلا رأس مالي؟

(١) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص ١٢١٩.

(٢) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٣٤.

(٣) المصدر نفسه، ج ٣/ ص ١٣٥.

(٤) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٣١.

(٥) الزرقاني، شرح الموطأ، مرجع سابق، ج ٣/ ص ٣٢٦.

فأقبلت عليها فقتلت عليها: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ مِنْ فَنَاءَتِهَا فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ﴾^(١)^(٢).

وهذا الفهم من عائشة رضي الله عنها يؤكد الاستشهاد بالحديث على حرمة الحيل^(٣).

٦- حديث: (البيع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا، إلا أن يكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله)^(٤).

(١) سورة البقرة، الآية [٢٧٥].

(٢) الحديث رواه عبد الرزاق والدارقطني والبيهقي :

عبد الرزاق، أبو بكر، عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت ٢١١هـ)، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ، ج ٨/ ص ١٨٥، ح: ١٤٨١٢؛ الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن البغدادي (ت ٣٨٥هـ)، سنن الدارقطني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، د.ط، ١٩٦٦م، ج ٣/ ص ٥٢، ح: ٢١١؛ البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، أبو بكر البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطاء، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، د.ط، ١٩٩٤م، ج ٥/ ص ٣٣٠، ح: ١٠٥٧٩ و ١٠٥٨٢.

(٣) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٣٦.

(٤) أصل الحديث رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٣٦٠، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ح: ٢١١٠. أما الزيادة: ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله، فليست عنده، وقد رواها: أبو داود، والنسائي، والترمذي وقال حديث حسن.

سنن أبي داود، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٣٧، كتاب الإجارة، باب في خيار المتبايعين، ح: ٣٤٥٦. سنن الترمذي، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٥٤٨، كتاب البيوع، باب البيعين بالخيار ما لم يتفرقا، ح: ١٢٤٧.

سنن النسائي، مصدر سابق، ج ٧/ ص ٢٤٩، كتاب البيوع، باب وجوب الخيار للبايعين، ح: ٤٤٨٣.

ووجه الدلالة: أن المنصرف قام بفعل مباح لكن مقصده منه مخالف للشارع، حيث وضع الشارع خيار المجلس لأجل أن يأخذ الطرفان حقيهما في التفكير، والانصراف بهذا القصد يؤدي إلى إضاعة حق الطرف الآخر في الثابتة له^(١).

٧- قوله ﷺ: (قاتل الله اليهود لما حرم الله عليهم شحومها جملوها ثم باعوها فأكلوها)^(٢).

والجميل: هو الشحم المذاب^(٣). وهذا الحديث من أصرح الأدلة في حرمة التحليل. ووجه الدلالة: أن اليهود لما حرم الله عليهم الشحوم، قاموا بإذابتها، وحولوها إلى دك وباعوها^(٤)، حتى يخرجوا من كونهم أكلوها، ويخرجوا من كونها شحوما، فأصبحت ودكا يباع، وليست بشحم يؤكل، ومعلوم أن ما حكمه التحريم لا يختلف سواء أكان جامدا أم مائعا، وبدل الشيء يقوم مقامه، ويسد مسده، فإذا حرم الله الانتفاع بشيء حرم الاعتياض عن تلك المنفعة^(٥).

(١) قال ابن تيمية: «قد استدل به الإمام أحمد على إبطال الحيل». الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ص ١٢٣.

(٢) حديث متفق عليه.

رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٣٧٧، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، ح: ٢٢٣٦.

ومسلم في صحيحه، مصدر سابق، ج ٣/ص ١٢٠٧، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، ح: ١٥٨١.

(٣) جملوه: أي أذابوه، فالجميل الشحم المذاب. انظر: الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص ١١١.

(٤) الودك: هو دسم اللحم أو الشحم. انظر: الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص ٦٥٣.

(٥) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ص ١٢٥.

وسبب ورود الحديث يؤكد هذا المعنى، فقد روى جابر بن عبد الله رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وآله قال: (إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام)، فقيل يارسول الله: أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟! فقال: (لا، هو حرام)، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وآله عند ذلك: (قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه)^(١).

واستدل الفقهاء بهذا الحديث على بطلان كل حيلة يحتال بها للتوصل إلى المحرم، وإنه لا يتغير حكمه بتغير هيئته و تبديل اسمه^(٢).

٨ - عن أنس رضي الله عنه: (أن أبا بكر كتب له فريضة الصدقة التي فرض رسول الله صلى الله عليه وآله، ومنها: ولا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة)^(٣).

وهذا من الأدلة الصريحة أيضا على حرمة استخدام الوسائل المباحة لتغيير الحكم الشرعي وهو هنا الخروج من أداء فريضة الزكاة بواسطة فعل مشروع، أي: تفرقة النصاب أو جمعه، حسب مصلحة المكلف بالزكاة، هروبا أو تقليلا للواجب عليه من الزكاة في سائمة البهائم، فإن كانا اثنين لكل واحد منهما أربعين رأساً من الغنم ويجب على كل واحد منها رأس يجمعانها ليصبح على الاثنين رأس واحدة، أو يكون للشريكين مئتان ورأس من الغنم، حيث يكون لكل واحد منها مئة ورأس، ولا يجب عليه فيها إلا واحداً^(٤).

(١) سبق تخرجه صفحة ٤١، وهذا لفظ البخاري.

(٢) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٢٤.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٢٥٢، كتاب الزكاة، باب لا يجمع بين متفرق ولا

يفرق بين مجتمع، ح: ١٤٥٠.

(٤) انظر: ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج ١٢/ ص ٣٣١.

٩- قوله عليه السلام: (صيد البر لكم حلال، ما لم تصيدوه أو يصد لكم)^(١).

وهذا الحديث نص في منع التحيّل على الحرام بواسطة مباحة، فإن المحرم إذا أراد الصيد فتوسل بأن يشير للمحل بصيده له فإنه قد انتهك إحرامه، فصيد المحل للمحرم حيلة لتجنب انتهاك الإحرام من قبل المحرم، ومؤداها إلى مخالفة قصد الشارع في منع المحرم من الصيد، وكأنه اصطاده بنفسه باعتبار المأل^(٢).

ثالثاً: الاستدلال على التحريم من إجماع الصحابة:

واستدل المانعون للحيل بإجماع الصحابة على تحريم الحيل^(٣)، واستدلوا لهذا الإجماع بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أنه خطب الناس على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: (لا أوتى بمحلّ ولا محلّ له إلا رجتها). وأقره سائر الصحابة على ذلك، وقد أفتى كل من: عثمان وعلي وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أن المرأة لا تحل بنكاح التحليل، ويظهر جلياً أن عامة السلف على منع الحيل ولا شك^(٤).

(١) رواه أبو داود والنسائي والترمذي .

سنن أبي داود، مصدر سابق، ج ٢/ ص ١٧١، كتاب المناسك، باب لحم الصيد للمحرم، ح: ٨٤٦.
سنن الترمذي، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٠٣، كتاب الحج، باب ما جاء في أكل الصيد للمحرم، ح: ٨٤٦.

سنن النسائي، مصدر سابق، ج ٥/ ص ١٨٧، كتاب مناسك الحج، باب أشار المحرم إلى الصيد فقتله الحلال، ح: ٢٨٢٧.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٢٤.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٢٦.

(٤) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٨٤.

رابعاً: الأدلة على التحريم من المعقول:

واستدل المانعون للحيل بعدة أدلة من المعقول، من أهمها:

١- إن الحيل فيها تغيير للحكم الشرعي مع قيام المقتضى لذلك الحكم، فيكون فيها قيام بالحرام، مع الاحتيال، فإنك إذا تأملت عامة الحيل وجدتها رفعا للتحريم أو الوجوب مع قيام المعنى المقتضى للوجوب أو التحريم، فتصير حراما من وجهين: من جهة أن فيها فعل المحرم وترك الواجب. ومن جهة أنها مع ذلك تدليس وخداع وخلافة، ومكر^(١). ويجمع إلى ذلك نسبة الحيلة إلى الشرع، مع منافاة الحيلة للشرع، فيكون كمن يسمي السموم دواء، إذ الشرع دواء للنفوس، وهذه الحيل المسماة بأنها شرعية أبعد ما يكون عن ذلك، فإن الشارع لما حرم بيع الثمار قبل بدو صلاحها إنما شرع ذلك للخروج من مفسدة التشاحن والتشاجر، لأنها الثمرة إن لم تخرج وقع الظلم على المشتري، وأي حيلة لبيع الثمار قبل بدو صلاحها لا تؤثر في زوال هذه المفسدة ولا في تخفيفها^(٢).

٢- إن الشارع أتى بأحكام وأوصى العباد بإقامتها، فإذا أتى بإباحة التحيل الذي يناقض هذه الأحكام، كان كمن يشيد البناء العظيم، ويبالغ في إتقانه وإحكامه، ثم يأتي وينقضه، ويثلمه! فهذا هو الحال مع الحيل، فإن الله نهى وأمر العباد حفظاً لهم وصيانة: " فكيف يبيح لهم الحيل على ما حماهم عنه؟ وكيف يبيح لهم الحيل على إسقاط ما فرضه عليهم، وعلى إسقاط الحقوق التي أحقها عليهم لبعضهم بعضاً، لقيام مصالح النوع الإنساني؟! "^(٣). فكيف ينهى الشرع عن الربا، ثم يبيح الطرق والحيل التي توصل إلى عين

(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٥٢.

(٢) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٣٧؛ و ٢٤٠.

(٣) المصدر نفسه، ج ٣/ ص ٢٣٩.

الربا؟! وهكذا في سائر الأوامر والنواهي، ومن يتأمل في قوله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾^(١)، يجد أن إقرار الحيل في الشرع هو نوع من الاختلاف الذي تنتزه الشريعة عنه.

٣- إن الأحكام الشرعية إنما شرعت لمصالح العباد، وهذه المصالح قائمة بها، فمتى كان الأمر الشرعي متحققا ظاهرا وباطنا كما أتت به الشريعة، كانت المصلحة متحققة.

أما إذا اختلف الظاهر عن الباطن، فإن هذه المصالح التي أتى التشريع لأجلها تنتفي!.

وهذا حال المتوسل بالحيل؛ فإنه إنما يقصد بالقيام بالأعمال الشرعية في الظاهر للتوصل بها إلى مقاصد أخرى تنافي هذا الظاهر، وهذه المقاصد الباطنة هي الباعث على هذه الأعمال الظاهرة، والتي تنافي المقاصد الشرعية حقيقة^(٢).

ومن الأمثلة على ذلك: أن الزكاة المقصود منها رفع رذيلة الشح عن الأنفس، والإرفاق بالمساكين، فمن قام بحيلة فوهب ماله قبل الحول، ثم عاد واستوهبه ممن دفعه له، لأجل ألا يدفع الزكاة! فالهبة الحقيقية فيها رفع لرذيلة الشح وإرفاق بمن يحتاج للهبة، أما هنا فهذه الهبة على العكس تجد فيها تأكيدا للشح في الأنفس، وحرمانا للمسكين من حقه.

(١) سورة النساء، الآية [٨٢].

(٢) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ١/ ص ٢٧٨، ج ٢/ ص ٣٨٥.

المطلب الثاني القول بجواز الحيل الفقهية وأدلتها

وفيه فروع:

الضلع الأول: تحرير مذهب القائلين بالجواز

القول بالجواز مذهب الحنفية والشافعية، وكذلك الظاهرية.

وتفصيل القول في تحرير قولهم أمر لا بد منه، فإنه قد ظهر لي من خلال النظر في أقوال المجيزين للحيل أن هناك فرقاً بين مذهب الأحناف ومذهب الشافعية في القول بالحيلة. وهذا الفرق يظهر واضحاً في التأصيل من كل فريق للحيلة، أي في موطن استدلاله على جوازها، ويظهر الفرق بينهما كذلك في التعميد للحيل ومن ثم التفرع عليها.

١) المذهب الحنفي:

ومذهبهم جواز الحيل الفقهية، وهذا ظاهر من فتاوى أئمة المذهب، كأبي يوسف ومحمد بن الحسن وغيرهما، ومعلوم أن المذهب الحنفي هو من اعتنى بفقهِ الحيل؛ افتاءً وجمعاً وتدويناً وتصنيفاً، وأعني بالحيل هنا الحيل التي هي محل الخلاف.

٢) مذهب الشافعية، ويلحق بهم كذلك المذهب الظاهري:

الحيل عند الشافعية جائزة في الجملة، وهو المعمول به في المذهب^(١).

لكن هناك فرق كبير بين المذهب الحنفي والمذهب الشافعي؛ فأصل مذهب الشافعي بِحَيْلِ اللَّهِ لا يوجد فيه التحيل أو القول به، ولذا لا تعيد عنده ولا تأصيل لموضوع الحيلة، ولم ترو عنه حيل، لكن لما قال بإجراء تصرفات المسلمين على ظاهرها، لزم من قوله هذا عدم إبطال الحيل، وهذا بسبب الارتباط الوثيق بين اعتبار المقاصد الباطنة في التصرفات وإبطال التحيل.

(١) انظر: الزركشي، المنثور في القواعد، مصدر سابق، ج ١/ ص ٣٢١.

لذا فرّق المحققون بين من قال بالحيلة وأصل لها، وبين من تنفذ الحيلة على أصل مذهبه بحيث لا يبطلها على صاحبها^(١)، ويقصدون بذلك مذهب الإمام الشافعي رحمته الله. وقد أكد ابن القيم على كيفية دخول الحيل على مذهب الشافعي، قال: «ومن عرف سيرة الشافعي وفضله ومكانه من الإسلام علم أنه لم يكن معروفاً بفعل الحيل، ولا بالدلالة عليها، ولا كان يشير على مسلم بها، وأكثر الحيل التي ذكرها المتأخرون المنتسبون إلى مذهبه من تصرفاتهم تلقوها عن المشرقين وأدخلوها في مذهبه، وإن كان رحمته الله يجري العقود على ظاهرها، ولا ينظر إلى قصد العاقد ونيته»^(٢).

وما سبق يظهر لنا شيئاً من أسباب عدم عناية فقهاء الشافعية بذكر أدلة جواز الحيل. **مذهب الإمام الشافعي في أعمال ظاهر التصرفات وعلاقته بموضوع الحيل:** إن مذهب الإمام الشافعي رحمته الله هو: إمرار تصرفات المسلمين على ظاهرها، ويرى أن من يبطل العقود والتصرفات بالإرادة الباطنة الخفية، أو القرائن الخافة بالتصرف قد خالف الشرع، قال الإمام الشافعي: «فمن حكم على الناس بخلاف ما ظهر عليهم استدلالاً على أن ما أظهروا يحتل غير ما أظهروا بدلالة منهم أو غير دلالة، لم يسلم عندي من خلاف التنزيل والسنة»^(٣).

وجه الشبه بين مذهب ابن حزم في الحيل الفقهية ومذهب الامام الشافعي: وكذلك الحال لدى ابن حزم الظاهري، فقد أعمل مذهبه في الأخذ بالظاهر على الحيل، مع أنه أنكر على أهل الرأي قولهم بالحيل في الدين^(٤)، لكنه مع ذلك يميز الحيل

(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٧٠.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٣٥٦.

(٣) الإمام الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج ٩/ ص ٦٥.

(٤) انظر: ابن حزم الظاهري، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت ٤٥٦هـ)، المحلى، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، د.ط، د.ت، ج ١١/ ص ٢٥١.

إمرارا لها على ظاهرها، قال ابن حزم في مسألة العينة، قال: «وأما قولهم إنها أرادا الربا كما ذكرنا فتحيلا بهذا العمل؟ فجوابهم: أنها إن كانا أرادا الربا كما ذكرتم فتحيلا بهذا العمل فبارك الله فيهما، فقد أحسنا ما شاء إذ هربا من الربا الحرام إلى البيع الحلال، وفرا من معصية الله تعالى إلى ما أحل»^(١).

فاعتبرها مخرجا شرعيا لا غبار عليه، وفي مسألة نكاح التحليل، قال: «كل نكاح انعقد سالما مما يفسده ولم يشترط فيه التحليل والطلاق فهو نكاح صحيح تام لا يفسخ، وسواء اشترط ذلك عليه قبل العقد أو لم يشترط، لأن كل نكاح مطلقا ثلاثا فهو محلل»^(٢).
فكلام ابن حزم وحجته مشابهة لما قاله الإمام الشافعي في اعتبار الظاهر في التصرفات، وقد أوردنا سابقا في الحيل المحرمة إنكاره وتشنيعه على من يقول بالحيل، بل اعتبر ابن حزم تحريم فعلها لتهمة التحايل على الربا من إساءة الظن بالمسلمين، أما إنكاره على الحيل الذي سبق أن ذكرناه فيخص به الحيل التي فيها تناقض ومضادة للنصوص الشرعية^(٣).

أهمية تحرير الفرق بين مذهب الحنفية ومذهب الشافعية في موضوع

الحيل الفقهية:

وهذا التحرير في بيان الفرق بين مذهبي الشافعية والأحناف في جواز الحيل مهم ودقيق، وقلما تطرق له من تناول الحيل بالبحث، وحاصله أنه لا يصح أن نساوي المذهب الشافعي بالمذهب الحنفي في القول بجواز الحيل الفقهية على الإطلاق، لوجود الفارق الكبير في التأصيل والتعديد للحيل الفقهية بينهما، وسبب الخلط تشابه فتاوى المذهبين في الفروع الناتج عن اتفاقهم في القول بجواز الحيل في الجملة.

(١) ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج ٩ / ص ٥١.

(٢) المصدر نفسه، ج ١١ / ص ٢٥٠.

(٣) المصدر نفسه، ج ١١ / ص ٢٥١.

الضرب الثاني: مدى التزامهم بضوابط جواز الحيلة:

بعد تحرير قولي الحنفية والشافعية في المسألة، فإن من المهم توضيح مايتعلق بموضوع الضوابط التي اشترطت من قبل فقهاء المذهبين للقول بصحة الحيلة أو جوازها، ثم بيان مدى التزامهم بهذه الضوابط؟ فإن الضوابط شيء والالتزام بها شيء آخر!

وأذكر هنا أهم ضابطين لجواز الحيل عندهم، وأوضح مدى التزامهم بهما.

أولاً: ضابطا صحة الحيل عندهم:

الضابط الأول: أن لا يكون في هذه الحيلة إبطال حق أو إحقاق باطل، أو ظلم وتعد على حقوق آخرين. وهو شرط متفق عليه عندهم.

وهذا الشرط أو الضابط ينص عليه كل من يقول بجواز الحيل، وقد نص الإمام الشافعي على كراهة تعاطي الحيل في تفويت الحقوق، وبين الغزالي مراد الشافعي من لفظ الكراهة، قال: «هي كراهة تحريم ويأثم بقصده»^(١).

الضابط الثاني: عدم التصريح بإرادة التحيل، وهو غير متفق عليه عندهم.

فحاصل هذا المذهب أنهم يجرون تصرفات المسلمين على ظاهر الحال، ولا يعتبرون ما يفسدها إلا ما يصرح به على خلاف بينهم في ذلك.

ثانياً: مدى التزامهم بهذين الضابطين في مسائل الحيل المختلفة

ليبين مدى الالتزام بالضابطين السابقين، سأورد أمثلة تبين مدى التزامهم بهما عند

تطبيق منهج الحيل الفقهية على المسائل:

١- التزامهم بالضابط الأول: وهو أن لا يكون في هذه الحيلة إبطال حق أو إحقاق

باطل، أو ظلم وتعد على حقوق آخرين.

(١) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مصدر سابق، ج ١٢/ ص ٣٢٨.

وهذا الضابط متفق عليه عندهم في الجملة، وينص عليه جميع من يجيز الحيل^(١)، لكن عند التطبيق يظهر اختلافهم في تطبيقه وتنزيله.

ومثال هذا الضابط: مسألة التحيل لإبطال الشفعة التي يقرها المجيزون في الجملة، ويظهر اختلافهم في هذه المسألة تبعاً لاختلافهم في تحقيق هذا الضابط، فتجد الإمام محمد ابن الحسن رحمته الله يحرم هذه الحيل سواء قبل وجوب الشفعة أو بعدها، ويعلل ذلك بأنها تفوت حق صاحب الشفعة، وأنها تسد باب الشفعة أصلاً، وهي بذلك مخالفة للمقصد الشرعي الذي أتى لمراعاة حق الجار في الشفعة.

بينما يرى أبو يوسف منعها بعد وجوبها لا قبل ذلك، لأن منعها بالحيلة قبل وجوبها منع من الوجوب بمباشرة سبب الامتناع شرعاً، وهذا جائز كالشراء والهبة وسائر التمليكات، والمذهب عند الحنفية قول أبي يوسف^(٢)، ووجه هذا القول: أن الأولى رفع الضرر عن المالك للتخلص من الشفعة، وليس عن من له حق الشفعة^(٣).

فمحمد بن الحسن نظر من زاوية الضرر الحاصل لمن له حق الشفعة، وهذا عين الكلام عن اشتراط عدم وقوع الضرر، وقد وقع هنا، ونظر أبو يوسف إلى الضرر على البائع، فأجاز الحيلة، والحق أن الشفعة إنما شرعت لأجل الجار وليس لأجل البائع. وهذا يدل على أن الضوابط المذكورة في التحيل يصعب الالتزام بها في واقع الأمر عند تطبيق قاعدة الحيل الفقهية.

٢- مدى التزامهم بالضابط الثاني، وهو: عدم التصريح بإرادة التحيل.

(١) انظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ٣٠/ ص ٢١٠.

(٢) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦/ ص ١٧٢.

(٣) انظر: ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، مصدر سابق، ج ٨/ ص ١٦٥.

نبين ابتداءً أن هذا الضابط غير متفق عليه عندهم أيضاً، وهم على فريقين في ذلك: الفريق الأول: اشترط أن لا يصرح بقصد التحيل من هذا التصرف، أي قصد تغيير الحكم الشرعي، فإن صرح بذلك في العقد أو أظهره فإنهم يرون حرمة هذه الحيلة أما إن لم يصرح فلا اعتبار للإرادة الباطنة، ولا اعتبار لأي قرائن، ومثاله في مسألة العينة يعتبر الشافعية بظاهر التعامل فقط طالما لم يصرح بإرادة التحيل على الربا^(١).

الفريق الثاني: توسع في ذلك، فيرى جواز الحيلة حتى مع التصريح بقصدها. ويرى أن هذا فعل مباح، أدى للخروج من الحرام إلى الحلال، فلا مانع من التصريح. ومثال هذا الضابط: مسألة المطلقة ثلاثاً إذا عقدت نكاحاً لأجل التحليل، فهذا العقد جائز اتفاقاً عندهم متى أضمرت هذه النية، أما عند التصريح بنية التحليل: فقد ذهب كل من أبي يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله إلى عدم صحة رجوعها إلى زوجها، مع كون محمد بن الحسن يصحح نكاحها الثاني، وأبو يوسف يبطله؛ لأن النكاح بهذا القصد أشبهه بالنكاح المؤقت بزمن، وذهب أبو حنيفة رحمته الله إلى جواز العقد ووقوع التحليل حتى مع التصريح بقصد التحليل^(٢).

خلاصة ما سبق:

مما سبق يظهر لنا أن التزام المجيزين بالضابطين عند التحقيق ليس مستقراً ولا منضبطين، فالضابط الأول: وإن اتفق عليه لكن تتنازعه النظرات الفقهية والتقديرية العقلية المختلفة والمتفاوتة، وهذا يذهب بقيمته كضابط للصحة في حقيقة الأمر، ولقد ظهر ذلك جلياً في مسألة الشفعة السابق ذكرها.

(١) انظر: النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٨٦.

(٢) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٤٠٥.

وأما الضابط الثاني: فإنه غير متفق عليه ابتداء عندهم، وهذا يضعف قيمته كضابط. ومؤدى هذا أن الحيل التي صححت عندهم بضوابط محددة؛ لم يتم التقيد بتلك الضوابط عند التطبيق على المسائل الفرعية.

وكل ذلك يضعف القول بجواز الحيل، لما ذكرناه من عدم تحقيق شروط الجواز والالتزام بالضوابط التي اشترطها المجيزون، إما لعدم الاتفاق على الضابط ابتداء، أو لصعوبة الالتزام به ثانياً.

وأنبه ختاماً إلى أن عدم القدرة على ضبط الفتوى بمنهج الحيل الفقهي بهذه الضوابط أدى إلى التوسع والتساهل في الحيل، الذي ذكرنا مآلاته السيئة سابقاً في الفصل الأول.

الفرع الثالث: أدلة المجيزين للحيل :

قبل سرد الأدلة وتأكيداً لما سبق ذكره من أن المذهب الحنفي هو من حمل لواء الحيل، وهو الذي تصدى للاستدلال لها - رغم قلة حرصهم على ذلك في كتبهم - فإنك تجد أن معظم النقول في الاستدلال على موضوع الحيل منقولة عن كتب الحنفية، أما الشافعية فقلما تناولوا ذلك، ولعل الإمام البيهقي رحمته الله^(١) (ت ٤٥٨هـ) هو أكثر من اهتم بالاستدلال للحيل من فقهاء الشافعية^(٢). وكما سبق وذكرنا فإنه من الملاحظ عدم عناية الفقهاء القائلين بجواز الحيل بإيراد أدلة جواز الحيل أو ذكر مناقشة لأدلة المانعين لها.

(١) البيهقي؛ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، الإمام الحافظ الكبير، مولده سنة ٣٨٤ هـ، أخذ علم الحديث عن أبي عبد الله الحاكم، وقال إمام الحرمين الجويني: ما من شافعي إلا وللشافعي عليه منة، إلا البيهقي فإن له على الشافعي منه لتصانيفه في نصرته مذهبه. أ، هـ، قيل: إن تصانيفه ألف جزء، توفي بنيسابور سنة ٤٥٨ هـ. انظر: ابن قاضي شعبة، طبقات الشافعية، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٢٢٠.

(٢) البيهقي من أكثر من استدلل جواز الحيل من الأحاديث والآثار. انظر: البيهقي، السنن الكبرى، ج ١٠/ ص ٦٢، كتاب الأيمان، باب ما يقرب من الحنث لا يكون حنثاً.

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم

١- الاستدلال بالحيلة الواردة في قصة سيدنا أيوب عليه السلام، قال تعالى: ﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاصْرَبْ بِهِمْ وَلَا تَحْنُتْ ۗ إِنَّا وَجَدْنَاهُ صَابِرًا نِعَمَ الْعَبْدِ إِنَّهُ أَوَّابٌ ﴾^(١)، وهذه الآية هي عمدة القائلين بجواز الحيل، وفي الآية تعليم المخرج لأيوب عليه السلام عن يمينه التي حلف ليضربن زوجه مئة جلدة^(٢)، فقد أذن الله تعالى لنبيه أيوب عليه السلام في التحلل من يمينه التي كان قد أقسم بها، فهذه وسيلة شرعها الله لنبيه ليتحلل بها من يمينه بدلاً من أن يضربها مئة ضربة، ويرى هذا الفريق أنها رخصة باقية في الحدود، لأن الله أمره بضربها بالضغث ليخرج أيوب عن اليمين، وأمر بالضغث لثلاث تتأذى زوجه^(٣). وقالوا: لا يؤثر في هذا الدليل أنه متعلق بشرع غيرنا لأننا متى جرينا على القول بأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يخالفه فذاك، فكيف إذا جاء في السنة ما يقوي هذا في حديث الرجل المخدج^(٤) الذي خبث بإحدى بنات حي من الأنصار فأمر الرسول ﷺ بضربه بعثقال ضربة واحدة^(٥)، وعمل النبي ﷺ به دليل على جوازه لأئمة^(٦).

وروي عن عطاء^(٧) (ت ١١٤ هـ) أنه جاءه رجل، فقال: (إني حلفت أن لا أكسو أهلي حتى وقت بعرفة وذاك أيام الحج؟! فقال عطاء: أذهب فقف واكس أهلك. أي يقف في

(١) سورة ص، الآية [٤٤].

(٢) انظر: السرخسي، المسوط، مصدر سابق، ج ٣٠/ ص ٢٠٨.

(٣) انظر: الفخر الرازي؛ فخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي (ت ٦٠٤ هـ)، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، دارالكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٠ م، ج ٢٦/ ص ٢١٥، ٢٦٠.

(٤) المخدج: ناقص الخلق. انظر: الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص ٧٢.

(٥) أخرجه أبو داود وابن ماجه، وسبق تخريجه في الحيل الجائزة، في الفصل الأول من هذا البحث.

(٦) فتح الباري لابن حجر، مصدر سابق، ج ١٢/ ص ٣٢٦.

(٧) الإمام عطاء بن أبي رباح، أبو محمد القرشي مولاهم، مفتي الحرم، من كبار التابعين، ولد زمن عثمان وروى عن كثير من الصحابة، كان أسود شديد السواد، فصيحاً إذا تكلم، من أزهد الناس، مات رحمته الله سنة ١١٤ هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج ٥/ ص ٧٨.

وقته بعرفة، فقيل لعطاء إنها نوى الحج؟ فقال عطاء: رأيت أيوب عليه السلام حين حلف ليضربن به أهله، حلف ليضربن بها بضغث؟! إنها القرآن أمثال وعبر^(١).

ورجح ابن المهام^(٢) (ت ٨٦١هـ) من الحنفية أنها خاصة بأيوب عليه السلام، لكن هذا لا يمنع شرعية الحيل في الجملة^(٣).

٢- قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾^(٤).

ووجه الدلالة: أن الحيل لا ريب أنها مخرج مما ضاق على الناس، فحين تشتد الحاجة أو الضرورة للرجل يجد فيها مخرجاً مما وقع فيه من الضيق، ومن الأمثلة عنها: الرجل تشتد به الضرورة إلى نفقة ولا يجد من يقرضه فيكون له من هذا الضيق مخرجاً بالتورق^(٥) ونحوه، فلو لم يفعل ذلك لهلك ولهكت عياله، والله لا يشرع ذلك ولا يضيق عليه بشرعه الذي وسع جميع خلقه، فقد دار أمره بين ثلاثة لا بد من واحدة منها: إما إضاعة نفسه وعياله، وإما الربا صريحاً، وإما المخرج من هذا الضيق بهذه الحيلة.

(١) انظر: البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، مصدر سابق، ج ١٠ / ص ٦٤.

(٢) كمال الدين بن المهام الحنفي؛ محمد بن عبدالواحد السيواسي الحنفي، المعروف بابن المهام، أصله من سيواس بمصر، وولد بالإسكندرية، فقيه أصولي ومفسر، كان معظماً لدى الملوك، جاور بالحرمين، وارتحل لحلب، ثم توفي بالقاهرة سنة ٨٦١ هـ. انظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج ٦ / ص ٢٥٥.

(٣) انظر: ابن المهام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي (ت ٦٨١هـ)، شرح فتح القدير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٧٠ م، ج ٥ / ص ١٩٤.

(٤) سورة الطلاق، الآية [٢].

(٥) الورق: الدراهم المضروبة، والتورق: طلب الورق أي الدراهم. انظر: الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص ٢٩٩.

٣- الاستدلال بالحيل في قصة نبي الله يوسف عليه السلام، قال تعالى: ﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُمْ بِجَهَّازِهِمْ جَعَلَ السَّقَايَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذَّنَ مُؤَذِّنٌ أَيُّهَا الْعَبْرُ إِنَّكُمْ لَسَّرِقُونَ. قَالُوا وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقَدُونَ. قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلَمَن جَاءَ بِهِ جَمَلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ. قَالُوا تَاللَّهِ لَقَدْ عَلِمْتُمْ مَا جِئْتُمْ لِنَفْسِدَ فِي الْأَرْضِ وَمَا كُنَّا سَرِقِينَ. قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ؟ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ. قَالُوا جَزَاؤُهُ مَنْ وُجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ ۗ كَذَلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ. فَبَدَأَ بِأَوْعِيَّتِهِمْ قَبْلَ وَعَاءِ أَخِيهِ ثُمَّ اسْتَخْرَجَهَا مِنْ وَعَاءِ أَخِيهِ ۗ كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ مَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ الْمَلِكِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ تَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مَّنْ شَاءَ ۗ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ﴾^(١).

وفي هذه القصة دلالة على جواز الحيلة في التوصل إلى المباح واستخراج الحقوق، وذلك لأن الله تعالى رضي ذلك من فعل يوسف عليه السلام، ولم ينكره بل قال الله معقباً على هذه القصة ﴿كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ﴾، فأخبر أن هذا كيداً لنبهه وأنه بمشيئته. وذكر المفسرون أن المراد بكيد الله تعالى ليوسف: تعليمه الاحتيال في أخذ أخيه^(٢).

٤- استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾^(٣). ووجه الاستشهاد: أن التعريض حيلة مباحة يتوصل بها إلى إبلاغ المرأة برغبته فيها، حتى لا يسبقه إليها أحد، وهي وسيلة مباحة للتوصل للقصد، بديلة عن الوسيلة المحرمة وهي التصريح بالخطبة، فهي حيلة مباحة ليخرجوا من الحرام إلى الحلال^(٤).

(١) سورة يوسف، الآيات [٧٠-٧٦].

(٢) انظر: الجصاص؛ أحمد بن علي الرازي أبوبكر (ت ٣٧٠هـ)، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق

قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، ١٤٠٥هـ، ج ٤/ ص ٣٩٢.

(٣) سورة البقرة، الآية [٢٣٥].

(٤) انظر: الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ١٠.

ثانياً: الأدلة من السنة:

١ - عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءه بتمر جنيب^(١)، فقال ﷺ: (أكل تمر خيبر هكذا؟) فقال: لا، والله يا رسول الله، إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: (لا تفعل، يع الجمع)^(٢) بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنياً^(٣).

ووجه الدلالة في هذا الحديث: أن النبي ﷺ لم يفرق أو يفصل بين أن يكون الشراء الثاني من نفس الذي اشترى منه أول مرة أو من غيره، وبين أن يقع الشراء الثاني من الثمن الذي بذمته من البيع الأول أو من غيره، وترك الاستفصال يقتضي العموم^(٤).

وعلق الخصاص على هذا الحديث، قال: «فقد أمره رسول الله ﷺ أن يشتري التمر بالدرهم، ونهاه أن يكون التمر لأحدهما أكثر من صاحبه، ليخرج بذلك فيما لا يحل إلى ما يحل، فافهموا ما أراد بذلك: الخروج من الإثم إلى الحق!»^(٥).

واستدلوا من الحديث على أن المعتبر في ذلك وجود الشرط في أصل العقد وعدمه، فإن تشارطاً على ذلك في نفس العقد فهو باطل، وهو كمن أراد أن يزني بامرأة ثم عدل عن ذلك فخطبها وتزوجها فإنه عدل عن الحرام إلى الحلال بكلمة الله التي أباحها^(٦).

(١) الجنيب: الجيد من التمر. انظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص ٧١.

(٢) الجمع: التمر الرديء أو الدقل. انظر: أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص ١١٠.

(٣) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٣٧٢، كتاب البيوع، باب: إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، ح: ٢٢٠١.

(٤) انظر: الزركشي، المنثور في القواعد، مصدر سابق، ج ١/ ص ٣٢٢.

(٥) الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ٤.

(٦) انظر: ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٤٠١.

واحتج بهذا الحديث الشافعية على جواز حيلة العينة، وموضع الدلالة في هذا الحديث أن النبي ﷺ قال: (بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، ولم يفرق بين أن يشتري من المشتري أو من غيره)^(١).

٢- حديث المَخْدَج: فعن سعيد بن سعد بن عبادة رضي الله عنه قال: كان بين أبياتنا رويجل ضعيف مخدج فلم يرع الحي إلا وهو على أمة من إمائهم يخبث بها، قال: فذكر ذلك سعد ابن عبادة لرسول الله ﷺ، وكان ذلك الرجل مسلماً، فقال: (اضربوه حده)، فقال: يا رسول الله: إنه أضعف مما تحسب، لو ضربناه مئة قتلناه! فقال: (خذوا له عثكاً مئة شمراخ، ثم اضربوه به ضربة واحدة ففعلوا)^(٢).

ووجه الدلالة في الحديث: إن الضرب بالعثكال هو بدل من الحد الذي أمرهم النبي ﷺ أن يضربوه، وهي واسطة شرعها الله تعالى للتوصل إلى إسقاط الحد في حق مثل هذا الرجل الضعيف، الذي جاء في رواية أنه: عاد جلدة على عظم. وهكذا كل حيلة مشروعة تتخذ لتغيير الحكم لأجل الحاجة^(٣).

٣- روى أبو هريرة رضي الله عنه: (أن رجلاً شكاً إلى النبي ﷺ فعل جاره أنه يؤذيه، فأمره الرسول ﷺ أن يطرح متاعه في الطريق ففعل فجعل كل من مر عليه والمتاع أمامه يسأله عن شأن المتاع فيخبره بأن جاره يؤذيه فيسبه ويلعنه فجاء إليه الرجل، وقال: رد متاعك إلى مكانه فوالله لا أؤذيك أبداً)^(٤).

(١) انظر: النووي، شرح صحيح مسلم، مصدر سابق، ج ١١/ ص ٢١.

(٢) سبق تخريجه في أدلة الحيل الجائزة، في الفصل الأول صفحة ٥٣.

(٣) البوطي، ضوابط المصلحة، مرجع سابق، ص ٢٧٠.

(٤) سبق تخريجه في أدلة الحيل الجائزة، في الفصل الأول.

ووجه الدلالة في هذا الحديث: أن النبي ﷺ أرشد هذا الصحابي الذي كان جاره يؤذيه إلى حيلة يتخلص فيها من إيذاء جاره، بحيلة جائزة، وهي بالتشهير بهذا الجار بطريقة عملية ليكف عن الأذى.

٤- الاستدلال بفعل ابن عمر رضي الله عنهما حين ترك عثمان رضي الله عنه ليثبت البيع، فعن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما قال: (بعت من أمير المؤمنين عثمان مالا لي بالوادي، بهال له بخير، فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا)^(١).

والحديث نص في استخدام ابن عمر للوسيلة المشروعة، لتثبيت البيع، وهي حيلة للتخلص من خيار المجلس بالخروج منه^(٢)، وقد تعددت الروايات عن ابن عمر في ذلك، ومنها ما روي عنه أنه إذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه^(٣). أي ل يتم البيع.

٥- ما روي عن عبد الله بن بريدة رضي الله عنه قال: (سئل رسول الله ﷺ عن أعظم آية في كتاب الله وهو في المسجد فقال: (لا أخرج حتى أخبرك بها)، فقام رسول الله ﷺ من مجلسه ذلك، فلما أخرج إحدى رجله من باب المسجد أخبره بها قبل أن يخرج رجله

(١) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٣٦١، كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئا فوهب من ساعته..، ح: ٢١١٦.

(٢) انظر: بوبشيش؛ صالح إسماعيل بوبشيش، الحيل الفقهية؛ ضوابطها وتطبيقاتها على الأحوال الشخصية، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، ص ١٠٩.

(٣) رواه النسائي في سننه، مصدر سابق، ج ٧/ ص ٢٤٩، كتاب البيوع، باب إذا أعجبه شيئا، ح: ٤٤٧٣، وروى الترمذي قريبا منه عن ابن عمر، وقال حديث حسن صحيح.

انظر: سنن الترمذي، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٥٤٧، كتاب البيوع، باب ما جاء في البيوع بالخيار ما لم يتفرقا، ح: ١٢٤٥.

الأخرى^(١). وهذا الحديث أصل في الاستدلال على الحيل.

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ أخبره بعد إخراج إحدى الرجلين، للتحرز عن خلف الوعد، وللتحرز من الحنث على ما أشار إليه في حديث أبي^(٢)، فكل من حلف أن لا يفعل شيئاً فتخلص من الحنث بفعل بعضه لم يكن حائثاً^(٣).

٦- حديث هدية بريرة رضي الله عنها، فقد أوتي النبي ﷺ بلحم، فقيل: إن هذا ما تصدق به على بريرة، فقال: (هو لها صدقة، ولنا هدية)^(٤).

ووجه الاستدلال: أنها كانت صدقة ممنوعة على النبي ﷺ، فلما أهدتها بريرة له تحولت من صدقة إلى كونها هدية، فجاز له أكلها، فالتصرف المباح حول حكمها من محرم في حق النبي ﷺ إلى مباح^(٥).

(١) أخرجه الدارقطني والبيهقي بلفظ قريب، وقال البيهقي: اسناده ضعيف.

انظر: سنن الدارقطني، مصدر سابق، ج ١/ ص ٣١٠، باب وجوب قراءة بسم الله الرحمن الرحيم، ح: ٢٩.

سنن البيهقي الكبرى، مصدر سابق، ج ١٠/ ص ٦٢، كتاب الإيمان، باب ما يقرب من الحنث لا يكون حنثاً.

(٢) انظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ٣٠/ ص ٢١١.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٤٧، والأمر كما قال ابن القيم فقد استهل الخصاف كتابه الحيل بهذا الحديث: انظر الخصاف، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ٢.

(٤) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٩٧٠، كتاب الطلاق، باب شفاعة النبي ﷺ في زوج بريرة، ح: ٥٢٨٤.

(٥) لم يشر ابن حجر في شرحه للحديث إلى أي استدلال به على مسألة الحيل الفقهية من قبل المجيزين للحيل انظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مصدر سابق، ج ٩/ ص ٤١٠.

٧- الاستدلال بحديث بريرة حين أرادت عائشة رضي الله عنها شراءها وعتقها، فاشترط مالكوها أن يبيعوها بشرط بقاء الولاء لهم، فأشار النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة أن تشتري، وقال صلى الله عليه وسلم: (اشترىها فأعتقها، فإنما الولاء لمن أعتق)^(١). فنصح عائشة رضي الله عنها بإتمام البيع والعتق، والموافقة على الشرط لأنه لا معنى له، فالموافقة كانت صورية، لبطلان الشرط ابتداءً.

ووجه الدلالة: أنها حيلة للتخلص من شرطهم الباطل.

٨- استدلوا بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا يموت لمسلم ثلاثة من الولد فيلج النار، إلا تحلة القسم)^(٢)، وقوله تحلة القسم يعني قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَإِنْ مِّنكُمْ إِلَّا وَارِدُهَا كَانَ عَلَىٰ رَبِّكَ حَتْمًا مَّقْضِيًّا﴾^(٣)، فلا يردها إلا بقدر ما يبر الله قسمه فيه.

والحديث أصل أن للرجل إن حلف ليفعلن كذا وكذا، ثم فعل منه شيئاً دون شيء أنه يبر في يمينه، يعني يفعل ما يقع عليه الاسم^(٤).

٩- استدلالهم بجملة كبيرة من الآثار المروية في المعارض.

والمراد بالمعارض: التعرضات أي الكنايات^(٥).

(١) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٤٤١، كتاب المكاتب، باب المكاتب ونجومه كل سنة نجم، ح: ٢٥٦٠.

(٢) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٢١٩، كتاب الجنائز، باب فضل من مات له ولد فاحتسب، ح: ١٢٥١.

(٣) سورة مريم، الآية [٧١].

(٤) انظر: البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، مصدر سابق، ج ١٠ / ص ٦٤.

(٥) النسفي، نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد (ت ٥٣٧هـ)، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، تحقيق: الشيخ خالد العك، دار النفائس، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٩٩ م، ص ٣٤١.

والمعاريض من أهم ما يستدل به المجيزون للحيل، بل وجعلها بعضهم عماد الأدلة للجواز، فإنك تجد أن الأدلة التي أسهب في سردها السرخسي في المبسوط جلها من المعاريض، وكذلك فعل قبله الإمام محمد بن الحسن الشيباني والخصاف^(١).

ومن المعاريض التي نقلت عن السلف واستدل بها المجيزون للحيل:

١- ما روي أن عبد الله بن رواحة رضي الله عنه وقع على جارية له، فقالت له امرأته: فعلت كذا وكذا. قال: لا! قالت: فاقراً إذاً، أي القرآن، فقال:

شهدت بأن وعد الله حق وأن النار مثوى الكافرينا
وأن العرش فوق الماء طاف وفوق العرش رب العالمينا
ويحمّله ملائكة كرام ملائكة الإله مقربينا
قال: تستقرّني القرآن، وأنشد الشعر.

٢- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أنه قال: (إن في معاريض الكلام لما يغني الرجل عن الكذب)، وينسب إلى عمران بن حصين رضي الله عنه أيضاً. وقد ذكره البخاري في صحيحه كعنوان للباب، بدون أن ينسبه لأحد، أو يذكر له سندا، قال: «باب المعاريض مندوحة عن الكذب»^(٢).

٣- ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: (ما يسرني أن لي بمعاريض الكلام حمر النعم).

٤- وما يروي عن إبراهيم النخعي^(٣) (ت ٩٦ هـ) رحمته الله في مسألة رجل أخذه رجل،

(١) انظر: محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مرجع سابق، ص ٤ - ٦؛ الخصاف، كتاب الحيل،

مصدر سابق، ص ٢ - ٤؛ السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ٣٠/ ص ٢١٠ وما بعدها.

(٢) انظر: البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، ص ١١٣، كتاب الأدب، الباب ١١٦.

(٣) إبراهيم بن يزيد بن قيس النخعي، اليماني ثم الكوفي، من التابعين، مفتي أهل الكوفة، كان واسع الرواية، قال الشعبي عنه أنه: صير في الحديث. توفي ٩٦ هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٥٢٠.

فقال: (إن لي معك حقاً؟ فقال: لا . فقال: احلف لي بالمشي إلى بيت الله؟ فسأل إبراهيم النخعي، فقال له: احلف بالمشي إلى بيت الله، وأعن مسجد حيك).

٥- وعن إبراهيم النخعي أيضاً أنه قال له رجل: إن فلاناً أمرني أن آتي مكان كذا وكذا وأنا لا أقدر على ذلك المكان فكيف الحيلة؟ فقال له إبراهيم: تقول والله ما أبصر إلا ما سدديني غيري، يعني إلا ما بصرني ربي^(١).

وجه الاستشهاد من المعارض:

وهنا مسألة مهمة أنه لم يذكر أحد ممن استدل بالمعارض وجه الدلالة فيها على الحيل المختلف بها، وإن أقصى ما يمكن إيراد كوجه استشهاد على ذلك ما قاله السرخسي في معرض استشهاده بالمعارض: «فيه دليل على أنه لا بأس باستعمال المعارض للتحرز عن الكذب، فإن الكذب حرام لا رخصة فيه»^(٢). فالحيل ما هي إلا معارض في الفعل على وزن المعارض في القول، وإذا كان في المعارض مندوحة عن الكذب ففي معارض الفعل مندوحة عن المحرمات وتخلص من المضايق^(٣).

وهناك وجه آخر للاستدلال: أن المعارض يجوز استخدامها حتى لغير الضرورة، لأن في رفع الظلم وحفظ الأموال والدماء يجوز الكذب ولا حاجة للمعارض ابتداءً، أما المعارض فإنها أمر آخر فيه مخارج من الحرام في مواطن لا يجوز فيها الكذب، وهكذا الحيل فإنها مخارج تستخدم حيث يحتاج المرء للمخرج الشرعي، ولا يشترط هنا الضرورة.

(١) انظر الأمثلة على التحيل بواسطة المعارض: محمد بن الحسن، المخارج، مرجع سابق، ص ٤؛

الخصاف، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ٢.

(٢) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ٣٠/ ص ٢١١.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٤٨.

ثالثاً: الأدلة العقلية

واستدلوا على الجواز بأدلة من المعقول، من أهمها:

١- إن الناس ليس لهم إلا الحكم بالظاهر، وأما المقاصد والنيات فهي موكولة إلى الله تعالى، قال الشافعي رحمته الله: «ولو كان لأحد أن يحكم على خلاف الظاهر ما كان ذلك لأحد إلا لرسول الله صلوات الله عليه بما يأتيه من الوحي، فإذا كان رسول الله صلوات الله عليه لم يتول أن يقضي إلا على الظاهر والباطن يأتيه، وهو يعرف من الدلائل بتوفيق الله إياه ما لا يعرف غيره، فغيره أولى ألا يحكم إلا على الظاهر»^(١).

٢- استدل الخصاص لمذهبه في الحيل بأن منع هذه الحيل يوجب حلول زكاتين في مال واحد، قال: أرأيت من كان له مال كثير فأحب أن لا يجب فيه الزكاة فاشترى به ضيعة يستغلها قبل وجوب الزكاة عليه وقبل الحول، فزرع الضيعة فأخرجت زرعاً كثيراً وحال عليه الحول منذ كان ملك المال، أيزكي المال ويعطي عن الضيعة، فتجب عليه زكاة الضيعة وزكاة ثمنها الذي اشتراها به؟!، فمن زعم أن ذلك لازم عليه لأنه اشترى الضيعة فرارا من الزكاة فقد خرج عن قول المسلمين جميعاً، وجعل رجلاً لم يملك قط إلا مالا واحداً يزكي في عام مالين^(٢).

٣- إنه استحلال بطريق مباح، فمتى كانت الحيلة والوسيلة جائزة، فيجوز سلوكها للوصول إلى الحلال^(٣).

بهذا انتهت أدلة المجيزين، ولا تخلوا من مقال من حيث وجه الدلالة فيها على الحيلة الفقهية المختلف فيها، ومن حيث ثبوتها أيضاً، وسأناقش هذا بالتفصيل في المطلب القادم.

(١) الإمام الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج ٨/ ص ١٨٥.

(٢) الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ٦.

(٣) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٧٥.

المطلب الثالث مناقشة أدلة المجيزين

وفيه فروع:

الفرع الأول: مناقشة أدلة المجيزين للحيل :

أولاً: ملاحظة عامة على أدلة المجيزين للحيل :

قبل الدخول في النقاش التفصيلي سأذكر ملاحظات عامة على الأدلة التي أوردوها:

١ - عموم أدلة المجيزين دلالتها متعلقة بالحيل المتفق على جوازها، ولا دلالة فيها على الحيل الفقهية التي اختلف فيها، لذا فإنها لا تصلح للاستدلال في موضع النزاع، قال الطاهر بن عاشور: «إن ما يُجلب لصحة التحيل الشرعي من الأدلة إنما هي أدلة غير مُتبصّر بها ولا يعسر عليه بعد هذا تنزيلها منازلها، وإبداء الفروق بينها»^(١). أي بعد التقسيم لأنواع الحيل من أن ينسب تلك الأدلة إلى قسم الحيل الذي تدل عليه، وأشار إلى ذلك أيضا الشوكاني رحمه الله، قال: «كل حيلة تنصب لإسقاط ما أوجبه الله أو تحليل ما حرمه فهي باطلة لا يحل لمسلم أن يفعلها، ولا يجوز تقرير فاعلها عليها؟ ويجب الإنكار عليه لأنه منكر، وأما إذا كانت للخروج من مأثم كما في قوله تعالى: ﴿وَأَخَذَ بِيَدِكَ ضِعْفًا فَأَضْرَبَ بِهِنَّ وَلَا تَحْنَثُ﴾^(٢)، وكما ورد في حد المريض في زمنه عليه السلام بعثكول من النخل. فذلك جائز وهو من الحلال البين، وبين الأمرين من التفاوت ما بين السماء والأرض»^(٣). والتفاوت والفرق الذي أشار إليه الشوكاني في الاستدلال بأدلة في غير محل النزاع هو الذي يظهر لمن يتأمل في أدلة المجيزين للحيل. فظاهر أنها أدلة لا تصلح لموضع النزاع.

(١) الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

(٢) سورة ص، الآية [٤٤].

(٣) الشوكاني، السيل الجرار، مرجع سابق، ج ٢/ ص ٧٧.

والأمر الآخر: إن القياس على مثل هذه الحيل أمر غير مسلم به، وكذلك التخريج عليها^(١)، فما بالك إذا كان أكثر الاستشهاد بالمعارض مع وجود الفرق البين بينها والحيل هذه؟

ثانيا: مناقشة أدلة المجيزين للحيل من الكتاب:

١- الرد على كون الحيل مخارج من المضايق: واستدلال المجيزين بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ

يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾^(٢)، فالحيل مخارج من المضايق والشدائد.

ونوقش الاستدلال بالآية: بأن الله جعل لعباده عند الضيق والشدة مخارج بالرخص الشرعية، وبالأحكام التخفيفية التي فيها إزالة الحرج عن عباده، ولهذا الرخص أسبابها التي بينها الشارع، وقد فرق أهل العلم بين الرخصة وبين الحيلة، وسنفصل هذا في المباحث القادمة، وعليه لا يصح القول أن الحيل من جنس الرخص الشرعية، فمن سلك مسلكا غير شرعي فلا يقال عنه أنه سلك مخرجا شرعيا؛ فطالب التخفيف من غير طريق الشرع لا مخرج له في الحقيقة^(٣).

٢- قصة أيوب عليه السلام: ونوقشت ابتداء أنها من شرع من قبلنا، ولو سلمنا به فإن زوجة سيدنا أيوب عليه السلام لم تكن تستحق الجلد، حيث إنها إنما قامت ببيع شعر رأسها لتنفق عليه رضي الله عنها وأرضاها، وإنما هو غضب لأجلها عليه السلام؛ لذا أتى التخفيف عليهما، وليس هذا تحيلا في نص بل هو تخفيف لأن الكفارة لم تكن في شرع أيوب عليه السلام، لذا فهذا لم يكن تشريعا بل رخصة خاصة لأيوب عليه السلام^(٤).

(١) انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

(٢) سورة الطلاق، الآية [٢].

(٣) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ١/ ص ٣٤٧.

(٤) انظر: محمد رشيد رضا، الربا والمعاملات في الإسلام، مكتبة الثقافة الإسلامية، الطبعة الأولى،

٢٠٠١م، ص ١٦.

ومما يؤكد ذلك أن الكفارة لم تكن شرعت في أول الإسلام بل نزلت بعد مدة، فلم تكن الكفارات معروفة لدى الناس ولا مشروعة^(١).

أما حديث المخدج: فإن هذا ليس تحيلاً بل مراعاة لحرمة النفس، حيث إنه لو طبق عليه الحد يموت، وحفظاً لنفسه خفف عنه، وهذا أمر ليس احتيلاً بل مراعاة للمقاصد الشرعية، فالتصرف هنا وافق المقاصد الشرعية ولم يخالفها^(٢).

٣- قصة سيدنا يوسف عليه السلام: وقصة سيدنا يوسف عليه السلام نوقشت بمثل ما سبق في قصة سيدنا أيوب عليه السلام، ويضاف عليه أن قصة يوسف عليه السلام لو تأملناها لا نجد تحيلاً لأجل تغيير حكم شرعي يتناقض مع مقاصد الشرع، وهو محل النزاع هنا^(٣).

أما كونه أخذ أخاه بالحيلة فإن الله أذن له بذلك، وتأمل قوله تعالى: ﴿كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ﴾^(٤)، وهذا يدل أيضاً على خصوصية الأمر بيوسف عليه السلام، فلا يقاس عليه الحيلة التي فيها مخالفة شرع الله تعالى^(٥)، وذكر أيضاً أن الحيلة تمت باتفاق بين يوسف عليه السلام وبين أخيه^(٦)، ومما ينبغي ذكره والتنبيه له أن الاحتيال لم يكن على حكم شرعي

(١) انظر: د. فضل إلهي، التدابير الواقية من الربا، إدارة ترجمان الإسلام، باكستان، الطبعة الرابعة، ١٩٩٩م، ص ١٣٥.

(٢) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٧٠.

(٣) المصدر نفسه، ج ٣/ ص ٢٧٥.

(٤) سورة يوسف، الآية [٧٦].

(٥) انظر: محمد رشيد رضا، الربا والمعاملات في الإسلام، مرجع سابق، ص ١٦.

(٦) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢١٢.

محترم، بل كان على دين الملك، أي على الحكم لدى ملك مصر، وليس الاحتيال على دين الملك كالاختيال على شرع الله تعالى، فالاستدلال هنا مع الفارق الكبير^(١).

وبالجملة: فإن الاستدلال بهذه الآيات على جواز الحيلة الفقهية فيه ضعف وتكلف لمن

تأمل.

ثالثاً: مناقشة الأدلة من السنة :

١ - مناقشة استدلالهم بحديث بلال رضي الله عنه : أن الحديث ليس فيه دلالة على الحيلة بل هو مخرج لكل من أراد أن يشتري ولا يقع في الربا، لأن كلا من البيعتين كان المقصود منهما صحيحاً، فإن البيعة الأولى كان كل من المشتري والبائع يريد المال، أو التمر إرادة حقيقية، وفي البيعة الثانية كذلك، فإنه إذا باع الجميع بالدرهم فقد أراد بالبيع ملك الثمن، وهذا مقصود مشروع، فليس هذا حيلة في بيع الربوي بجنسه متفاضلاً، لأنه حرام. بل توصل إلى تحصيل تملكه، وقد جاء في رواية للحديث: فقال عليه السلام : (لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل، أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا)^(٢). وتتجلى هذه المسألة من نقيضها وهي مسألة العينة بقرائن الحال التي تدل على أي العقدين كان مقصوداً فإنك تجد أن المشتري للسلعة بالعينة لا يعنيه أمر السلعة كثيراً، فلا يعنى بجودتها ولاوزنها أو مقدار كيلها، إذ هي ليست مقصودة بذاتها، وإنما مقصوده أن يحصل النقد من بعد بيع السلعة لمن اشتراها منه، ومتى باعها له بيعا حالاً، وقبض الثمن تجده يتأكد من الثمن، فإن كان ذهباً تأكد من جودته ووزنه، لأنه مقصود بذاته، والبون شاسع بين هذه البيعة والبيعة التي سبقتها!^(٣).

(١) انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

(٢) انظر: الزرقاني؛ محمد بن عبد الباقي بن يوسف (ت ١١٢٢هـ)، شرح موطأ الإمام مالك، دارالكتب

العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ، ج ٣/ ص ٣٤٣.

(٣) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٩٣.

٢- الرد على استدلالهم بالمعاريض: والمعاريض أكثر ما يستدل به المجوزون للحيل، مع بعد الدلالة فيها عن محل النزاع، ورد عليهم المانعون بأن المعاريض إنما تجوز في التخلص من الظالم، أو في الإصلاح بين الناس، أو فيما بين الرجل وزوجه، ولكن لم يقل أحد بجواز المعاريض في إحقاق باطل، أو إبطال حق، أو التهرب من أداء الحقوق فهذا مما اتفق على بطلانه، والحيل التي محل الدراسة فيها تغيير لحكم شرعي، بواسطة مباحة، وهذا يؤدي إلى استحلال لمحرّم أو تعطيل لحق وجب، وهذا غير المعاريض.

فعليه لا يوجد وجه لقياس المعاريض بالحيل التي هي محل الخلاف، لأنها ليست من جنس الحيل حتى يقاس عليها، والفرق بينهما كبير عند النظر^(١).

الضرع الثاني: مناقشة أدلة المانعين للحيل :

أولاً: قبل المناقشة التفصيلية لأدلتهم أذكر هذه الملاحظات على أدلة

المانعين للحيل:

١- إن أدلة المانعين واستشهاداتهم من النصوص هي في صلب موضع الخلاف، ووجه الاستشهاد منها واضح في المسألة، فإن قصة أصحاب السبت، أو تذويب اليهود للشحم وبيعه، أو تفريق الأنعام أو جمعها خشية الصدقة، وإدخال الخيل في السباق ؛ كل ما سبق أدلة في موضع النزاع، وتثبت حرمة هذا القسم من الحيل الذي يكون القصد منه تغيير الحكم الشرعي.

٢- استدلالهم بأن تجويز الحيل نوع من التناقض ينزه الشرع عنه، وجه عظيم في الاستشهاد يؤكد حرمة التحيل.

٣- ومن تأمل في الأدلة العقلية التي ذكرها المانعون للحيل، ومآلات الحيل السيئة لا يشك في وجاهة قولهم ورجحانه.

(١) ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٠٥ و ٢٠٩.

ثانياً: مناقشة أدلتهم من السنة :

أورد هنا شيئاً مما رد به المجيزون للحيلة على أدلة المانعين:

١- ردهم على الاستدلال بحديث خيار المجلس في البيع، بما روي عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال: (بعت من أمير المؤمنين عثمان مالا لي بالوادي، بهال له بخير، فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا)^(١)، والحديث فيه حيلة للتخلص من خيار المجلس بالخروج منه، لإنفاذ البيع^(٢).

٢- ردهم على الاستدلال بقصة عائشة رضي الله عنها مع زيد بن أرقم رضي الله عنه، قالوا عنه: هو خبر لا يصح ومخالف للقرآن والسنة الثابتة، أي بإبطال الأعمال السابقة^(٣). قال الإمام الشافعي رحمته الله: «قد تكون عائشة - لو كان هذا ثابتاً عنها - عابت عليها بيعاً إلى العطاء لأنه غير معلوم، وهذا ما لا نجيزه . لا أنها عابت عليها ما اشترت بنقد وقد باعته إلى أجل، ولو اختلف بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في شيء فقال: بعضهم فيه شيئاً، وقال غيره خلافه، كان أصل ما نذهب إليه أن ينفذ بقول الذي معه القياس، والذي معه القياس قول زيد بن أرقم. قال وجملة هذا: أنا لا نثبت مثله على عائشة، مع أن زيد بن أرقم لا يبيع إلا ما يراه حلالاً ولا يبتاع إلا مثله»^(٤). وقد ضعف كذلك هذا الأثر عن عائشة رضي الله عنها بعض علماء المالكية^(٥). وقد أطال ابن حزم الأندلسي في الرد على الاستدلال

(١) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٣٦١، كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا، ح: ٢١١٦.

(٢) انظر: بوبشيش، الحيل الفقهية، مرجع سابق، ص ١٠٩.

(٣) انظر: ابن حزم الأندلسي، المحلى، مصدر سابق، ج ٧/ ص ٢٩.

(٤) البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، مصدر سابق، ج ٥/ ص ٣٣١.

(٥) قال الزرقاني في الحديث: ضعيف ولفظه منكر، لأن العمل الصالح لا يحبطه الاجتهاد بل الردة.

انظر: الزرقاني، شرح موطأ مالك، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٣٢٦.

بهذا الحديث من حيث الطعن في صحته ومن حيث دلالة، لمخالفته القواعد الشرعية في إبطال الأعمال^(١).

٣- ردوا على الاستدلال بحديث لعن المحلل، أن اللعن خاص بمن يأخذ مقابلاً لتحليله، وقالوا: إن تسميته محللاً يدل على أنه يقع بهذا النكاح التحليل لها لزوجها الأول، وإلا لما سمي بالمحلل، إذ المحلل هو الميثب للحل، فلو كان فاسداً لما سماه النبي ﷺ محللاً^(٢).

الفرع الثالث: الترجيح في حكم الحيل الفقهية:

يظهر لي من خلال المقارنة بين أدلة الفريقين ومناقشتها ظهور حجية أدلة المانعين للحيل في الجملة، وهذا لكون أدلتهم عند التحرير تصب في محل النزاع الذي حررناه في أول هذا البحث، أما أدلة المجيزين فهي عامة، وأكثرها أدلة لا علاقة لها عند تحرير النزاع بموضوع الحيلة الفقهية، وإنما تدل على جواز المخارج الشرعية، وقد بينا الفرق بين المخارج وبين هذا النوع من الحيل في الفصل الثاني عند تناولنا للحيل الجائزة اتفاقاً، وذكرنا أن المخارج لا يوجد فيها تغيير الحكم شرعي.

وقد لاحظت أن بعض من بحث في الحيلة لم يعط موضوع دلالة النصوص على وجه النزاع حقه من الدراسة، فاختلط الأمر لديه بين الأدلة العامة الدالة على جواز المخارج الشرعية، وبين محل النزاع؛ وهو الحيلة الفقهية التي فيها إرادة تغيير للحكم الشرعي بواسطة مباحة، فمال لترجيح الجواز دون تحليل كاف لوجه الاستشهاد وحجيته في تلك الأدلة^(٣).

(١) ابن حزم الأندلسي، المحلى، مصدر سابق، ج ٩/ ص ٥٠.

(٢) انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج ٤/ ص ١٨٢.

(٣) مثل: د صالح بوبشيش عند ترجيحه لحكم الحيل بناء على النصوص الشرعية. انظر: د صالح بوبشيش، الحيل الفقهية، مرجع سابق، ص ١١٣.

وقد حرصت على أن أنقل في صدر المناقشة للأدلة ما صرح به المحققون كالإمام الشوكاني رحمته الله، والطاهر بن عاشور على وجود فرق بين موضع النزاع والأدلة التي يستحضرها القائلون بجواز الحيل.

وعليه فالذي أرجحه: منع الحيل الفقهية، لما سبق ذكره من الأدلة الشرعية، والأدلة العقلية، ونظرا إلى ما تؤول إليه هذه الحيل من إبطال للمقاصد الشرعية وخرمها، كما قال الإمام الشاطبي^(١)، وفي كل هذا كفاية للقول بمنع الحيل في الجملة.

(١) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٢٠١.

المبحث الثالث

أثر الحيل على التصرفات والعقود

تناولت في هذا المبحث أثر الحيل على التصرفات من حيث الصحة أو البطلان، بناء على ما سبق ذكره من أقوال الفقهاء، وقد بينت فيه بعض المعاني المرتبطة بالموضوع كمفهوم البطلان والصحة لدى الفقهاء، مع ذكر أدلة الفريقين، وذكر تطبيقات فقهية للقولين.

المطلب الأول

مراد الفقهاء بصحة أو بطلان التصرفات المشتملة على حيلة

لقد اختلف العلماء في أثر الحيل على التصرفات بناء على خلافهم في حكم الحيل الفقهية، وهذا من الآثار العملية لذلك الخلاف، وينبغي قبل ذكر أقوالهم أن نبين مرادهم بصحة التصرفات ثم نتناول خلافهم في المسألة.

أولاً: المراد بصحة أو بطلان التصرفات :

إن مما ينبغي الوقوف عنده قبل ذكر قول فريق وأدلتهم أن نبين مرادهم من صحة وجواز التصرفات المبنية على الحيل الفقهية، إذ إن ذكرهم لصحة العقود التي تدخلها الحيل، وعدم إبطالها لها لأجل النيات الفاسدة في الباطن، كل ذلك لا يعني عدم تأييدهم لفاعل ذلك أخروياً، فمسألة التأييم الأخروي اتفق عليها الجميع، ولا خلاف بينهم في أن المرء يحاسب على نيته.

المراد بالصحة لدى الفقهاء:

لدى الفقهاء مرادان عند اطلاق لفظ الصحة، فهناك الصحة في العبادات والصحة في المعاملات ؛ والصحة في العبادات: هي ما كانت مسقطاً للقضاء. وأما الصحة في المعاملات: فهي كون العقد سبباً لترتب ثمراته المطلوبة عليه شرعاً. وهو المراد من قولهم: الصحيح ما يستتبع غاياته، فالبيع الصحيح يترتب عليه ملك السلعة للمشتري، وملك الثمن للبائع، وحل الانتفاع لكل بما ملك^(١).

(١) انظر: قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

المراد بالبطلان لدى الفقهاء:

وكذلك لدى الفقهاء مرادان عند اطلاق لفظ البطلان، فالبطلان في العبادات: هو عدم سقوط القضاء بالفعل، والبطلان في المعاملات: هو تخلف الأحكام عنها. فالصحة ضد الباطل، والبطلان هو الفساد^(١).

الفرق بين البطلان والفساد

لا فرق بين البطلان والفساد عند الجمهور، فهما شيء واحد^(٢)، أما عند الحنفية فيوجد تفريق بين الفساد والبطلان، فالباطل ما كان النهي راجعا لأصله، كالصلاة بدون بعض الشروط، والفاسد ما كان راجعا لوصفه، كصوم يوم النحر فالفساد مرتبة ثالثة عند الأحناف فقط، تقع بين الصحة والبطلان^(٣).

وهذا لأن النهي متى وقع على وصف خارج عن أصل الفعل فلا يبطل الفعل كله، بل يبطل ذلك الوصف فقط، ويبقى أصل التصرف على حكمه الأصلي، وهذا لأنه لو زال هذا الوصف لعاد حكم الأصل إلى ما كان عليه لأن أصل الماهية سالم من المفسدة عندهم، والنهي عن أمر خارج، فلا يمكن تسوية الأصل السالم مع الأمر العارض في البطلان بها لحقه البطلان في أصله^(٤).

(١) انظر: الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص ٥٢؛ ٣٣٣.

(٢) انظر: ابن اللحام؛ علاء الدين بن محمد بن عباس البجلي الحنبلي (ت ٨٠٣هـ)، القواعد والفوائد الأصولية، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٩م، ص ١٥٢.

(٣) انظر: أمير بادشاه؛ محمد أمين الحسيني الحنفي، تيسير التحرير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت، ج ٢/ ص ٢٣٦؛ د. محمود حامد عثمان، القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين، مرجع سابق، ص ٦٢؛ ١٧٦.

(٤) انظر: د. مصطفى الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٨٢م، ص ٣٤٩.

وهناك اعتبار آخر ذكره بعض الباحثين: أن الفساد عند الأحناف مرتبط بالمعاملات فقط دون العبادات؛ فلا يصح في العبادات أن يفوت بعضها دون بعض لأنها متعلقة بالثواب الأخروي، أما في المعاملات فيمكن أن يصح بعضه ويفوت بعضه فيكون فاسداً^(١).

ثانياً: الصحة قضاء وديانته هي المقصودة :

إن المقصود بالصحة هنا هو الصحة في القضاء وظاهر الفتوى، وهي ما يعبرون عنها في العبادات بكون الفعل مسقطاً للقضاء، وفي المعاملات بترتيب الأثر المطلوب عليها، من تحصل الإملاك في البيع، وجواز الانتفاع، واستباحة الأضباع، وثمره هذه الصحة في كلا النوعين خاصة بالدنيا، لأن كون العبادة مجزئة ومبرئة للذمة ومسقطة للقضاء فيما فيه قضاء أمر متعلق بحال الدنيا، وكون العقود والمعاملات محصلة شرعاً للتملك واستباحة الأضباع وجواز الانتفاع ونحو ذلك في الدنيا أيضاً.

أما ما يتعلق بالآخرة:

لا يوجد تلازم بين الإثم أخروياً لسوء القصد، وبين صحة العقد، لأن ظاهر العقد تتوافر فيه شروط الصحة، فيجرونها على ظاهرها، لا اعتبارهم أن الأصل سلامة النيات من المسلمين، وقد يصححون التصرف أو العقد ولكنهم يقولون بالكراهة أو بالحرمة^(٢).

وعند الحنفية قد يحكم بالصحة مع لزوم الإثم في العبادات فضلاً عن غيرها^(٣).

(١) انظر: د. أحمد سعيد حوى، المدخل إلى مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار الأندلس الخضراء، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢ م، ص ١٥٥.

(٢) انظر: البوطي، ضوابط المصلحة، مرجع سابق، ص ٣١٧.

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج ٤ / ص ١٨٢.

ومرادهم بالبطلان عكس ما سبق في الصحة، سواء في العبادات أو العادات. لكن لاعلاقة للبطلان بالجزاء الأخرى، أو المحاسبة على ما فعله فهذا شأن آخر ليس مقصودا لدى الفقهاء^(١).

وخلاصة ما سبق:

أن الحيلة قد تنفذ على أصول الفقيه، لكن هذا لا يعني أنه يأذن فيها أو بتعليمها^(٢). لذا تجد عند الحنفية ذم للمفتي الماجن، كما سمي في بعض كتبهم، وعرفوه بأنه الذي يعلم الناس الحيل المحرمة^(٣). وعليه فإنه لا يصح أن يقال مثلا: إن كل من يجيز الحيل يلزم من كلامه أنه يبيح التعامل بالربا بواسطة التحيل، لأنهم لا يقولون بذلك مطلقا، فالأحناف يرمون ببيع العينة^(٤)؛ وهو من أشهر الصور في التحيل على الربا، قال محمد ابن الحسن رحمته الله عن بيع العينة: «هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا»^(٥). والشافعية لو بان عندهم قصد الربا في العقد لما ترددوا في الحكم ببطلانه، ولكنهم أعملوا تصرفات المسلمين على ظاهرها فحكموا بصحتها، إذ الأصل في المسلم سلامة النية، وهذا أصل متفق عليه^(٦)، فمدار المسألة والخلاف على تحري كل فريق للأقرب إلى المقاصد الشرعية و المصالح المعتبرة، ثم قام بإلحاق الفرع بالقسم الذي رآه أقرب إليه.

(١) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ١/ ص ٢٨٠، ٢٩١.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٣٣؛ وانظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ١/ ص ٢٨٢، ٣٨٨.

(٣) انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج ٦/ ص ١٤٧.

(٤) انظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ١٤/ ص ٣٦.

(٥) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج ٥/ ص ٢٧٣.

(٦) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٢٠٢.

المطلب الثاني

أقوال العلماء في أثر التحيل على التصرفات والعقود

تحرير محل النزاع في المسألة :

أولاً: خلاف العلماء في المسألة تابع لخلافهم في حكم الحيل، ففي الجملة نجد المانعين للحيل يطلون ما ترتب عليها، والمجيزون للحيل بناء على مذهبهم يثبتون آثارها، لذا لن أورد مناقشة أو ترجيحاً بين الرأيين لكونه مرتبط بحكم الحيل، وقد سبق بيانه.

ثانياً: من المهم التنبيه أن هذا لا يعني أن كل من يمنع الحيل في الجملة يلغي أثر كل الحيل، والعكس صحيح، فهناك ممن أجاز الحيل في الجملة قد يبطل أثر حيلة ما، فقد أبطل محمد بن الحسن حيلاً وألغى أثرها، بينما حكم عليها أبو حنيفة بالصحة.

ثالثاً: سنوضح في الأمثلة التطبيقية لأثر الحيل وجود الخلاف في بعض الحيل بين فريق المانعين في أثرها، وأيضاً وجود الخلاف بين فريق المجيزين في أثر تلك الحيلة .

الفرع الأول: القائلون ببطلان التصرفات والعقود، وأدلتهم:

أولاً: القائلون بذلك:

وهذا مذهب المانعين للحيل في الجملة، ويرون فساد كل التصرفات أو العقود إذا اقترنت بها الحيل الممنوعة، بالإضافة إلى إثم صاحبها لقصده التحيل على الشرع، وأنه ينبغي معاملة التحيل على عكس مقصده ردعاً له، وعليه تبطل تصرفاته، وعند الحنابلة قاعدة في المذهب: أن الحيل لا أثر لها^(١).

وبناء على قولهم يمكن تقسيم التصرفات إلى قسمين باعتبار أطراف الحيلة:

أولاً: إذا كانت الحيلة تصرفاً فردياً: أي من طرف واحد و دون تواطؤ مع غيره، فمن تحيل ليخرج من حنث يمينه بأي حيلة يفتون أنه قد حنث، ويترتب عليه ما يترتب على

(١) انظر: ابن مفلح، شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي (ت ٧٦٢هـ)، الفروع، تحقيق: حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ، ج ٤/ ص ٢٩٦.

من حنث في يمينه، قال الإمام أحمد رحمه الله: «من احتال بحيلة فهو حانث»^(١).

ثانياً: الحيل إذا كان التصرف من أكثر من طرف، مثل الحيل التي يقصد منها الربا، فتقع من طرفين فأكثر، فإنهم يرون إلغاء كل ما ترتب على المعاملة من فائدة ربوية، ويكون قرضاً يرد بنفس قيمته. وكذلك الحيل في شراء الثمار قبل بدو صلاحها، بأن يشتريها بشرط القطع الفوري، ثم يحتال بتركها لأي سبب حتى تصلح، فعندهم يبطل البيع و يسترد المشتري الثمن، ويأخذ البائع الثمر^(٢).

ثانياً: أدلة المبطلين لأثر الحيل:

للمبطلين لأثر الحيل استشهادات مقتبسة ومستنبطة من بعض النصوص السابق

ذكرها في أدلة منع الحيل، ومن تلك الاستشهادات:

١ - استدلوها بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أنه خطب الناس على منبر رسول الله

ﷺ وقال: (لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتها).

ووجه الاستدلال: أن هذا النكاح باطل، والزواج بينهما لم يتم، لأن العقد حيلة محرمة.

وقد أقره سائر الصحابة على ذلك، و أفتى كل من: عثمان وعلي وابن عباس وابن عمر

رضي الله عنهم أن المرأة لا تحل بنكاح التحليل^(٣). وهذا مبني على حديث: (لعن الله المحلل،

والمحلل له)^(٤)، وهذا نص في إبطالهم رضي الله عنهم جميعاً للحيلة، وعدم اعتبار العقد

الذي أبرم بواسطتها، حتى عد عمر رضي الله عنه هذا النكاح زناً، ورتب عليه الرجم.

(١) انظر: ابن بطة العقيلي، إبطال الحيل، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٢) انظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤ / ص ٧٤.

(٣) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣ / ص ٢٤٦.

(٤) سبق تحريجه في أدلة المانع للحيل.

٢- في حديث الفرس المحلل للسباق: سَمَى النبي ﷺ السباق قماراً، لأنه حيلة للمقامرة، فقال ﷺ: (من أدخل فرساً بين فرسين - يعني وهو لا يؤمن أن يسبق - فليس بقمار، ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد آمن أن يسبق فهو قمار)^(١). ونقل حكمه إلى حكم القمار اسماً وحكماً يدل على أن هذا الكسب صار محرماً، وباطلاً، وهذا الحكم يقاس عليه بقية التصرفات التي تشوبها الحيل.

٣- استدلوا بفتوى عائشة رضي الله عنها وأرضاها في الأثر الذي سبق ذكره، ووجه الشاهد هنا أن المرأة قالت: يا أم المؤمنين أرأيت إن لم آخذ إلا رأس مالي؟ فأقبلت عليها فتلت عليها: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ﴾^{(٢)(٣)} فقد أفتت عائشة رضي الله عنها بإلغاء وإبطال هذا التصرف، ثم ألغت أثره وما يترتب عليه، وأرجعتها إلى أصل المعاملة وهي أن لها رأس مالها فقط، فجعلت حكم هذه الحيلة كحكم عقد الربا المحرم من حيث إبطال ما يترتب عليها^(٤).

٤- استدلوا بحديث: (وإنما لامرئ ما نوى)^(٥)، فمن نوى بعقد البيع الربا وقع في الربا، ولا يخلصه من الإثم صورة البيع، ومن نوى بعقد النكاح التحليل كان محللاً، ودخل في الوعيد على ذلك باللعن، ولا يخلصه من ذلك صورة النكاح، وكل شيء قصد به تحليل ما حرم الله كان محرماً^(٦).

(١) سبق تخريجه في أدلة المانعين للحيل.

(٢) سورة البقرة، الآية [٢٧٥].

(٣) سبق تخريجه في أدلة المانعين للحيل.

(٤) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٣٦.

(٥) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ١٢٣٨، كتاب الحيل، باب في ترك الحيل، ح: ٦٩٥٣.

(٦) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، مصدر سابق، ج ١٢/ ص ٣٢٨.

٥- نقل الإجماع عن الصحابة رضي الله عنهم في بطلان عقد نكاح التحليل، وهذا يؤكد بطلان هذه العقود والتصرفات المبنية على الحيلة^(١).

الضرع الثاني: القول بعدم البطلان وأدلته:

أولاً: القائلون بذلك:

هذا مذهب المجيزين للحيل، ويقولون بصحة التصرفات والعقود، وإن دخلتها الحيل أو بنيت عليها، ما دام ظاهرها الصحة، أما أخروياً فحسابه عند الله حسب نيته. قال الإمام الشافعي رحمته الله: «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع»^(٢).

وقال الخصاف في مسألة التحيل للفرار من الزكاة: «فإن كان كل واحد منهما تعمد الفرار من الزكاة فقد أساء، وظلم نفسه فيما نوى من هذه النية السيئة، ولا يغير ذلك شيئاً من حكم الزكاة، ولا يبطل نيته السيئة بيعه ولا شراؤه، لأنه إنما اشترى الشراء الذي قد أحله الله وجرت به أحكام الإسلام على أصله وباع، لذلك يخرج ما باع من ملكه فلا يكون عليه زكاة فيما خرج من ملكه قبل حلول الحول»^(٣).

أما إذا صرح أحد الأطراف بقصده فهم يبطلون التصرف، ومثاله ما ذهب إليه من الحنفية كل من أبي يوسف ومحمد بن الحسن إلى عدم صحة رجوع الزوجة إلى زوجها الأول في نكاح التحليل، متى صرحا بقصد التحليل، مع كون محمد بن الحسن يصحح نكاحها الثاني وأبو يوسف يبطل نكاحها بهذا القصد لأنه أشبه بالنكاح المؤقت بزمن،

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٢٦.

(٢) الإمام الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٧٤.

(٣) الخصاف، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ٥.

لكنها اتفقا على بطلان التحليل للزوج الأول بهذا النكاح^(١).

ثانياً: أدلتهم:

لم يذكروا القوهم أدلة خاصة في الموضوع، بل يستدلون بأن الأصل في المعاملات صحة للعقود والتصرفات إلا ما استثني، وأدلتهم مستندة على أدلتهم السابق ذكرها في إمرار تصرفات المسلمين على ظاهرها، وقد ذكرنا كلام الإمام الشافعي رحمته الله في المسألة سابقاً.

الفرع الثالث: حكم من أخذ بقول من يجوز الحيلة ثم بدا له حرمتها:

إن من المسائل الهامة التي تبنى على ما سبق بحثه في موضوع أثر الحيل الفقهية؛ مسألة حكم التصرف الذي أخذ المكلف فيه بفتوى مفتٍ أو مجتهد أو قول هيئة إفتاء شرعية، ثم بان له أنه من قبيل الحيل الممنوعة؟

والتأمل في هذه المسألة يجد أنها من قبيل الأخذ بأقوال الفقهاء في المسائل الخلافية، فمن أخذ بقول مفتٍ في مسألة من مسائل الحيل الخلافية، ثم تبين له حرمة المعاملة لحرمة الحيلة التي بنيت عليها فإن العقد قد تم، لأن المعاملة مبنية على فتوى، كحال المسائل الخلافية المبنية على خلاف الفقهاء أو آراء المذاهب، فإنها متى كانت مبنية على احد المذاهب المعتبرة فلا تسقط المعاملة بذلك، وعليه لا يلزم مثلاً برد الفائدة التي تحصل عليها بطريق الحيلة الربوية ما دام قبضها لأنه قبضها بتأويل، وأما إن بان له قبل القبض فلا يأخذها^(٢).

وقد قعد لهذه المسألة شيخ الإسلام ابن تيمية عند حديثه عن موضوع المقبوض بعقد فاسد، قال: «وهكذا كل عقد اعتقد المسلم صحته بتأويل من اجتهاد أو تقرير مثل

(١) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٤٠٥.

(٢) انظر: د. سعود محمد الربيعة؛ تحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي ومقتضياته، منشورات مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م، ج ٢/ ص ٤٩٨.

المعاملات الربوية التي يبيحها مجوزو الحيل، ومثل بيع النبيذ المتنازع فيه عند من يعتقد صحته، و مثل بيع الغرر المنهي عنها عند من يجوز بعضها: فإن هذه العقود إذا حصل فيها التقابض مع اعتقاد الصحة لم تنقض بعد ذلك لا بحكم ولا برجوع عن ذلك الاجتهاد^(١).

لذا لا يصح أن ينقض المرء العقد بدعوى أنه ظهر له أن فيه حيلة ممنوعة أو أنه غير رأيه في المسألة بعد أن ظهرت له الأدلة، وهذا لمصلحة استقرار التعامل بثبات العقود وتحقق الإلزام في التعاملات الحاصلة بين الناس، وقد سأل في موضع آخر ابن تيمية - وهو من أكثر الفقهاء تشنيعاً على الحيل - عن من تعامل بالعينة ماذا يجب عليه؟

فقال ابن تيمية رحمه الله: «وما اكتسبه الرجل من الأموال بالمعاملات التي اختلفت فيها الأمة كهذه المعاملات المسؤول عنها وغيرها وكان متأولاً في ذلك و معتقداً جوازه لاجتهاد أو تقليد أو تشبه ببعض أهل العلم، أو لأنه أفتاه بذلك بعضهم ونحو ذلك فهذه الأموال التي كسبها و قبضها ليس عليهم إخراجها، وإن تبين لهم بعد ذلك أنهم كانوا مخطئين في ذلك و إن الذي أفتاهم خطأ، فإنهم قبضوها بتأويل فليسوا أسوأ حالاً مما اكتسبه الكفار..»^(٢). وقد أوردت الفتوى كما هي عن شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله لأهميتها من عالم مثله شديد الإنكار على الحيل والفائلين بها، لكن هذا لم يمنعه من إجراء القواعد الشرعية في التعامل في المسائل الخلافية على مسائل الحيل، واستدل ابن تيمية على ذلك بقول الله عز وجل: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَنَقُوا اللَّهَ وَذَرَوْا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ

(١) ابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم بن تيمية (ت ٧٢٨ هـ)، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن قاسم العاصمي وابنه محمد، مكتبة ابن تيمية لطباعة ونشر الكتب السلفية، د.م، د.ط، د.ت، ج ٢٩ / ص ٤١٢.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج ٢٩ / ص ٤٤٣.

مُؤْمِنِينَ^(١). قال ابن تيمية: «فأمرهم بترك ما بقي لهم في الذمم و لم يأمرهم بإعادة ما قبضوه»^(٢).

أهمية هذه الفتوى في عصرنا:

وأهمية هذه المسألة تظهر في واقعنا المعاصر لمن يتعاقد مع مصرف أو جهة لديها فتوى فقهية على شرعية وجواز المعاملات التي تقوم بها، ثم يظهر له بفتوى أخرى أن هذه المعاملة حيلة ممنوعة، فعليه: لا يصح له أن ينقض الاتفاق أو العقد المبرم وما يترتب عليه من التزامات، بدعوى أنها حيلة محرمة، ما دام الأمر فيه فتوى من فقهاء معتبرين، كحال الهيئات الشرعية التي في المصارف الإسلامية حالياً، فإن تلك الهيئات في الجملة تتكون من فقهاء معتبرين، أما الخلاف في كون المعاملة حيلة محرمة من عدم ذلك فهذا الخلاف لا تكاد تخلو منه معاملة من المعاملات المعاصرة، وعليه يبقى الأصل الشرعي أن يلتزم كل بما اتفق عليه في العقد، لضمان استقرار معاملات الناس.

المطلب الثالث

أمثلة تطبيقية لأثر الحيل على التصرفات والعقود

لتوضيح أثر الخلاف في الموضوع سنورد أمثلة تطبيقية لمسائل في الحيل، نبين فيها ما يترتب عليها عند القائلين ببطلان أثرها، والقائلين بنفاذها، وقد قسمتها حسب نوع الحيلة من حيث الأطراف فيها، هل هي من طرف واحد أو من عدة أطراف.

أولاً: تطبيقات على الحيلة إذا كانت تصرفاً فردياً:

وأقصد بكون الحيلة فردية كأي أن الحيلة من طرف واحد ودون تواطؤ مع غيره. ومن أمثلتها:

(١) سورة البقرة، الآية [٢٧٨].

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج ٢٩ / ص ٤٤٣.

١- التحيل للتهرب من الزكاة، بالتصرف في عدد النصاب قبل الحول، أو بتبديل النصاب من عروض التجارة إلى غيرها ليستأنف حولاً جديداً، فإن الفقهاء ومنهم ابن حجر العسقلاني رحمته الله اختاروا أنه تلزمه الزكاة^(١).

٢- ذهبوا أيضاً إلى حنث كل من تحيل للتخلص من يمينه، فمن تحيل بالسفر ليفطر في رمضان لأجل يمينه بالطلاق، أنه يحنث في يمينه، وكذلك سائر أنواع الأيمان التي يتحيل فيها، أنه حانث بحيلته.

وقد قال الإمام أحمد رحمته الله: «إذا حلف على شيء ثم احتال بحيلة فصار إليها، فقد صار إلى الذي حلف عليه بعينه»، وقال أيضاً: «من احتال بحيلة فهو حانث»^(٢).

٣- من طلق في مرض موته ليحرم زوجته من الإرث، فإن المانعين للحيل يورثون الزوجة، لأنه قصد التحيل بحرمانها من الإرث بهذا الطلاق، فيعامل بعكس قصده، حتى لو مر على طلاقها زمن، لأنها حيلة محرمة ولا يعتبر بها^(٣)، وعند الشافعية والحنفية يقع الطلاق، ولا ترث شيئاً^(٤).

٤- إذا وهب لشخص ما، ليتخلص من الزكاة فإنه إن علم بنية الواهب وأنه قصد التحيل بهذه الهبة، فإنه يلزمه إرجاعها، وإذا لم يعلم فلا شيء عليه^(٥)، فعند عدم علم الموهوب له بقصد الواهب بالهبة تعتبر تحيلاً من طرف واحد فقط، ومما يظهر في هذه المسألة أن آثار الحيلة تتعدى حتى لمن لم يشارك فيها فعلياً، ففي هذه المسألة لم يستثنوا حتى الموهوب من مسؤولية

(١) انظر: ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ج ١٢ / ص ٣٣٣.

(٢) ابن بطة العقيلي، إبطال الحيل، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٣) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣ / ص ٢٤٦.

(٤) انظر: النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج ٦ / ص ٦٧.

(٥) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣ / ص ٢٦٧.

تصرف المتحيل، بل جعلوه طرفاً في الحيلة وشريكاً له إذا علم بقصده المحرم، ويلزمه إرجاع ما أخذ، ويلاحظ من أقوال الفقهاء في المثال الأول والثاني أنه لا يوجد توافق دائماً بين فقهاء المذهب الواحد في الحكم على مسألة بعينها، بل تجد الخلاف بينهم كبير، فهنا ابن حجر العسقلاني رحمته الله من الشافعية، لكنه يرجح بطلان ما ترتب على هذه الحيلة، ولم يجز الأمور على ظاهرها، والحنابلة لا يرتبون كلهم الحنث في مسألة التحيل في الحلف، وقد ذكرنا سابقاً أن الحنث هو المنصوص عليه عند الإمام أحمد رحمته الله.

ثانياً: تطبيقات على أثر الحيلة المتعددة الأطراف:

إن الحيل التي يتواطأ فيها أكثر من طرف هي الأكثر وقوعاً وانتشاراً، كالحيل التي يقصد منها التحيل لإباحة الربا، ومن الأمثلة التطبيقية لخلافهم:

١- إن بيوع العينة بأنواعها من أشهر ما يحتال به على الربا، فالمانعون للحيل يبطلون كل عقود بيع العينة التي يتحيل بها على الربا، ويلغون كل ما ترتب على المعاملة، فيفسخون العقد^(١)، ويلغون الفائدة المبنية على عقد تحيل فيه على الربا، ويتم اعتباره ديناً يؤدي بمثله فقط^(٢)، والشافعية يجيزون العينة، إجراء لتعاملات المسلمين على ظاهرها^(٣)، أما الحنفية فإنهم يخالفون الشافعية فيحرمون العينة ابتداءً^(٤).

٢- في مسألة عقدي السلف والبيع، حيث يكون عقد البيع بأكثر من قيمة مثل هذه العين مؤجلة، بقصد الفائدة على القرض، عند المانعين يلغى عقد البيع بسعر أكثر من

(١) انظر: ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبدالله بن عبد البر القرطبي (ت ٤٦٣هـ)، الكافي، دار

الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ، ص ٣٢٥.

(٢) انظر: البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٨٥.

(٣) انظر: النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٨٥.

(٤) انظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ١٤/ ص ٣٦.

مثله، ويرجع السعر إلى مثله، ويتعامل مع العقد على حقيقته الأصلية، أنه عقد قرض يوفى بمثله، أما عقد البيع فيكون على قيمة مثله.

٣- في مسألة سلف وعقد إيجار، عندما يكون عقد الإيجار تحيلاً للفائدة على القرض، يحكم المانعون للتحليل بترتب أجره المثل في ذمة الدائن لعقد إيجار بمبلغ أقل من مثله أو بدون مقابل، لأنه قصد بإلغاء أو تقليل الأجرة فائدة ربوية للمقرض.

٤- التحليل بالإقرار لو ارث أو بعقد بيع لعقار أو عين بأقل من ثمن مثله لو ارث، لتخصيصه بزيادة عن بقية الورثة، فعند المانعين هذا الإقرار لا قيمة له ولا اعتبار، وعقد البيع يلغى، ويرد المبلغ له، ويرجع العقار للورثة جميعاً، إبطالا لهذا التحليل^(١).

والمجيزون للتحليل يرون في المسائل السابقة أنها عقود صحيحة وتكرر على ظاهرها، ويستحق صاحب الحق أن يؤدي له، وله المطالبة بذلك قضاء، أما من حيث الديانة فإنهم يرون أنه يحاسب حسب نيته وقصده، وهذا أمر لا يمكن معرفته، كما أسلفنا.

وفي مسألة الإقرار للوارث حيث إنهم يجيزون الإقرار لو ارث ابتداء، بل ويرون أن حالة المرض تمنعه من أن يشهد أو يقر زورا لأنه سيلاقي ربه، فحري بمن هذا حاله أن لا يقع في حرام فهو أبعد عن التهمة، فعلى هذا تنفذ عندهم هذه العقود لأجل هذا المعنى^(٢).

٥- الحيلة في نكاح التحليل: لا يعتد المانعون بهذا النكاح ويبطلون أثره، فلا تحل لزوجها الأول^(٣)، واختلف المجيزون للتحليل في أثر هذه الحيلة؛ فإذا صرح أحد الأطراف بقصد التحليل فالعقد عند أبي حنيفة رحمته الله صحيح والتحليل صحيح للزوج الأول،

(١) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤١٧.

(٢) انظر: تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج ١/ ص ١٢١؛ ج ٢/ ص ٢٧٥.

(٣) انظر: البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج ٥/ ص ٢٣١.

ولا أثر لهذه الحيلة على العقد، وكذلك عند أبي حزم الظاهري، بشرط عدم اشتراط التحليل في العقد^(١)، فلا مانع من أن يسبق قبل العقد، أما عند الصاحبين أبي يوسف ومحمد بن الحسن فمتى صرح أحد الأطراف بقصد التحليل فالتحليل باطل، ولا يصح رجوع الزوجة إلى زوجها بهذا النكاح، مع أن أبا يوسف يبطل حتى النكاح الثاني، أما محمد ابن الحسن فيصح النكاح الثاني، لكن لا يميز أن يكون محللا للأول بهذا العقد، فهما بذلك موافقان لرأي المبطلين لأثر الخيل^(٢).

٦- التحيل بالخلع لاسقاط يمين الطلاق: فعند المانعين للحيل يلغون هذا الخلع، فمتى تحيل بالخلع لاسقاط يمين الطلاق فلا أثر للخلع على اليمين، فلو خالغ ثم فعل الشيء المحلوف عليه وقع الطلاق ثلاثا عندهم^(٣)، أما عند المجيزين: فيعتبرون الخلع صحيحا، ويرتبون عليه آثار الخلع، فيجوز له بعد أن يفعل المحلوف عليه أن يعقد على زوجته عقدا جديدا^(٤).

٧- مسألة: إذا اشترى الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ثم تركها حتى تنضج، ومثلها كذلك مسألة: إن تحيل بأن أجر الأرض من صاحبها بأضعاف أجرتها، تحيلا حتى يترك الثمرة حتى تنضج، فعند الحنابلة إن قصد بها التحيل على حرمة بيع الثمار قبل بدو صلاحها، فإن المشتري يعيد الثمرة إلى صاحب الأرض ويأخذ ما دفع^(٥)، أما المجيزون

(١) ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج ١١/ ص ٢٥٠.

(٢) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٤٠٥.

(٣) انظر: البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج ٥/ ص ٢٣١.

(٤) انظر: النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج ٦/ ص ١١٧.

(٥) انظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٧٤.

فيرون أن هذه التصرفات كلها تمرّ على ظاهرها، بناء على قاعدتهم في الأخذ بالظاهر، وكذلك أصل قولهم بجواز التوسل بالمباح لتغيير الحكم.

الفصل الثالث:

علاقة الحيلة الفقهية بالمقاصد الشرعية

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: المقاصد الشرعية وأثرها في الاجتهاد
لمعرفة حكم الحيل.

المبحث الثاني: الحكم على الحيل بحسب أثرها على
المقاصد الشرعية.

المبحث الثالث: علاقة الحيل الفقهية بفقهاء التيسير
وجلب المصلحة.

المبحث الأول

المقاصد الشرعية وأثرها في الاجتهاد لمعرفة حكم الحيل

تناولت في هذا المبحث المقاصد الشرعية ؛ فابتدأت بتعريفها وذكر أقسامها ومنزلتها في الشرع، وأهميتها في الاجتهاد الفقهي، ثم تناولت العلاقة بين المقاصد الشرعية والحيل الفقهية، وبينت الارتباط الوثيق بين المقاصد والحكم على الحيل الفقهية.

المطلب الأول

تعريف المقاصد الشرعية وأقسامها

أهمية دراسة المقاصد الشرعية وبيان علاقتها بالحيل الفقهية:

لقد سبق الحديث عن حكم الحيل الفقهية، وذكرت أن من أهم دوافع منع الحيل هو ما تؤول إليه الحيل، فإن مآلها تعطيل مقاصد الشريعة وتفويت مصالحها. لذا كانت المقاصد الشرعية من أهم موازين الحكم على الحيل، خاصة لو أراد الباحث أو المفتي أن يحكم على حيلة بعينها، فإنه لا يسعه أن يجتهد بدون عرض هذه الحيلة على المقاصد الشرعية ووزنها بميزان المصالح والمفاسد.

ومع قلة من تناول هذا الموضوع بالتفصيل الذي يليق به، فقد رأيت أن أعرض له مبتدئاً بتعريف موجز عن المقاصد الشرعية وأهميتها في الاجتهاد ثم أبين العلاقة الوثيقة بين حكم الحيلة والمقاصد الشرعية. مع الاجتهاد في وضع معايير يمكن بها الحكم على مسائل الحيل بمنهجية أكثر دقة.

الفرع الأول: تعريف المقاصد الشرعية ووجودها في الأحكام الشرعية:

أولاً: تعريف المقاصد:

تعرف المقاصد الشرعية بأنها: المعاني والحكم التي راعاها الشارع في التشريع عموماً وخصوصاً، من أجل تحقيق مصالح العباد. أي هي المصالح التي عناها وقصدها وأرادها

الشارع من تشريع الأحكام^(١).

وعرفت أيضا بأنها: «المعاني الملحوظة في الأحكام الشرعية، سواء أكانت تلك المعاني حكما جزئية أم مصالح كلية أم سمات إجمالية، وهي تتجمع ضمن هدف واحد هو تقرير عبودية الله ومصلحة الإنسان في الدارين»^(٢). وهناك ألفاظ مرادفة للفظ المقصد الشرعي في استخدام الفقهاء، لعل أكثرها استخداما لفظ المصلحة، إذ هي في مدلولها الشرعي العام موازية للمقصد الشرعي، وأيضا لفظ: الحكمة، وهي مرادفة للمقصد الشرعي، فيقال: هذا مقصوده كذا أو حكمته كذا، وقد يعبر عن المقصد الشرعي بالعلة أيضا^(٣).

ثانيا: وجود قصد شرعي لكل حكم:

اتفق العلماء على أن الله تعالى شرع الأحكام لمقاصد شرعية، وأن هذه المقاصد بمعنى ما تفضي إليه من جلب المصالح ودفع المفاسد هي الباعث على تشريع الحكم^(٤). قال الشاطبي رحمته الله: «لأن الأعمال الشرعية غير مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت من أجلها»^(٥). لذا فإن العبد بتطبيقه للأحكام هو محقق لمقاصدها، وهنا يأتي موضوع أقسام هذه المقاصد ومراتبها، لأن الشريعة أتت بقانون ونظام شامل ومرتب حسب الأهمية.

(١) انظر: د محمد سعد اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الهجرة، السعودية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م، ص ٣٧.

(٢) د. نور الدين مختار الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، مكتبة الرشد، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، ص ٣٨.

(٣) انظر: د. مسفر القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، دار الأندلس الخضراء، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م، ص ٥٢٦.

(٤) انظر: عبد العزيز بن عبد الرحمن بن ربيعة، علم مقاصد الشارع، د.ن، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، ص ٢٦٩.

(٥) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٨٥.

الفرع الثاني: تقسيم المقاصد باعتبار المصالح التي جاءت بحفظها:
تمهيد:

تقسم المقاصد في الجملة باعتبارات ثلاثة:

الأول: باعتبار المصالح التي جاءت بحفظها ومدى الحاجة إليها.

الثاني: باعتبار مرتبتها في القصد.

الثالث: باعتبار شمولها للمسائل^(١).

ويأدراك هذه التقسيمات للمقاصد يسهل التعامل معها، والاستفادة منها عند الاجتهاد.

أقسام المقاصد باعتبار المصالح التي جاءت بحفظها:

وقد يعبر عنه بأنه تقسيمها من حيث القوة^(٢)، وتنقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاث مراتب،

حسب المصالح التي جاءت بحفظها ومدى الحاجة إليها^(٣)، وهي كما يأتي:

أولاً : المقاصد الضرورية:

المقاصد الضرورية هي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والمال، والنسل.

وتسمى: الضروريات الخمس أو الكليات الخمس، وهذه المقاصد مقدمة على غيرها

لكونها الأعلى مرتبة، وجاءت الشريعة بها يكفل وجودها واستمرارها، وحماتها.

قال الشاطبي: «قد اتفقت الأمة بل سائر الملل على أن الشريعة وضعت للمحافظة على

الضروريات الخمس، وهي: الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل»^(٤).

(١) انظر: د. مسفر القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل، مرجع سابق، ص ٥٣٦ و ٥٤٦.

(٢) انظر: د. عبد العزيز بن ربيعة، علم مقاصد الشارع، مرجع سابق، ص ١٢٥.

(٣) انظر: د. محمد سعد اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٨٢ وما بعدها.

(٤) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ١ / ص ٣٨.

وهذه الضروريات هي المطلوب والمقصود الأول والأعلى للأحكام، وكل ما كان مطلوباً بالمقصد الأول فهو في أعلى المراتب، أي ما كان من المقاصد ليس من الضروريات فهو أقل منها^(١).

تفصيل هذه الضروريات من حيث ما شرع لإيجادها وللمحافظة عليها:

إن حفظ هذه الضروريات يكون بأمرين:

الأمر الأول: من جانب الوجود، وذلك بما يقيم أركانها ويثبت قواعدها.

الأمر الثاني: من جانب العدم، وذلك بما يدرأ الخلل الواقع أو المتوقع فيها^(٢).

وإن مراعاة هذين الأمرين لكل واحد من الضروريات كما يأتي:

١- الدين: شرع لإيجاده الإيثار به والقيام بأركانه، وللمحافظة عليه: شرع الدعوة إليه

وعقوبة من يرتد عنه أو يشكك فيه، والجهد للمحافظة على من يريد إزالته.

٢- والنفس: شرع لإيجادها الزواج، وللمحافظة عليها: تناول ما تقوم به من طعام

وشراب، ومنع ما يعرضها للتهلكة، وردع من يعتدي عليها بالزواج والحدود.

٣- والعقل: هو هبة من الله لجميع الخلق، وشرع لحفظه منع كل مسكر ومخدر.

٤- والنسل: شرع لإيجاده الزواج، ولحفظه: منع الزنا وكل ما يوصل إليه، وعقوبة

القاذف.

٥- المال: شرع لإيجاده المعاملات الشرعية، والضرب في الأرض للكسب، ولحفظه:

شرع منع السرقة وقطع الطريق، ورتبت الحدود على ذلك^(٣).

(١) المصدر نفسه، ج ٣/ ص ٢١٠.

(٢) انظر: المصدر نفسه، ج ٢/ ص ٤٨ د. عبد العزيز بن ربيعة، علم مقاصد الشارع، مرجع سابق، ص

١٣٢.

(٣) انظر: د. مسفر القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل، مرجع سابق، ص ٥٤٠.

ثانياً: المقاصد الحاجية:

وهي التي يحتاج إليها الناس للتوسعة ورفع الضيق والحرج والمشقة، وبها تقوم الحياة وتصلح أحوال الناس، وهي أقل مرتبة من الضروريات، لكن يضيق العيش بالناس بدونها. قال الشاطبي في شأن الحاجيات: «فإذا لم ترع دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة»^(١). وتدخل المقاصد الحاجية في العبادات كالرخص المخففة، وفي العادات كالتمتع بأنواع الحلال، وفي المعاملات كعقود الإجارة^(٢).

والقصد من الحاجيات أمور:

- ١- رفع الحرج عن المكلف، خوفاً من انقطاعه عن العمل، وخوفاً من التقصير عند المزاومة بين الوظائف المختلفة، لأجل ذلك كانت الرخص.
- ٢- حماية الضروريات: وذلك بدفع ما يمسها أو يؤثر فيها.
- ٣- خدمة الضروريات: بتحقيق ما به صلاحها وكمالها، فمتى اختل الحاجي بالكامل لزم منه اختلال الضروري، فالحاجي مكمل للضروري^(٣).

ثالثاً. المقاصد التحسينية:

وهي المتعلقة بمحاسن العادات، ويعبر عنها بأنها: الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المندسات^(٤). وقد تسمى بالتكميلية، وهي أدنى هذه المقاصد درجة، لأن الحياة ممكنة بدونها، ولا يؤدي تركها إلى الضيق والمشقة، وإنما هي من قبيل الترفه^(٥).

(١) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ١٠.

(٢) انظر: المصدر نفسه، ج ٢/ ص ١١.

(٣) انظر: د. سعد اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

(٤) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ١١.

(٥) انظر: د نورالدين الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، مرجع سابق، ص ٣٩.

وتدخل المقاصد التحسينية كسابقتيها في جميع الجوانب، فتدخل في العبادات كالطهارة وستر العورة، وفي العادات كأداب الأكل والشرب، وفي المعاملات كمنع بيع النجاسات ومنع بيع فضل الماء والكلأ، وفي الجنايات كمنع قتل النساء والصبيان حال الجهاد. وهذه الأمور راجعة إلى محاسن زائدة على أصل المصالح الضرورية والحاجية، إذ ليس فقدانها بمخل بأمر ضروري ولا حاجي، وإنما جرت مجرى التحسين والترزين^(١). وتظهر أهمية التقسيم لمراتب المقاصد عند الاجتهاد باعتبار المقاصد، فإنه يقدم ما فيه تحقيق للمقاصد الضرورية، ثم ما فيه تحقيق للمقصد الحاجي على ما فيه مقصد تحسيني وهكذا.

الفرع الثالث: تقسيم المقاصد باعتبار مرتبتها في القصد:

هو التقسيم الثاني للمقاصد، وتنقسم بذلك إلى قسمين: مقاصد أصلية، ومقاصد تابعة.

أولاً: المقاصد الأصلية:

هي المقاصد المطلوبة على وجه الأصالة، أو بالقصد الأول من الشارع، والمصالح الأصلية هي الأعظم والأهم في مطلوب الشارع، أما المقاصد التابعة فهي وإن كانت مطلوبة إلا أنها تأتي تبعاً لها.

وتدور المقاصد الأصلية على الأمور التي لا حظَّ فيها للمكلف من الفروض العينية، والفروض الكفائية، قال الشاطبي: «فأما المقاصد الأصلية فهي التي لا حظَّ فيها للمكلف، وهي الضروريات المعتبرة في كل ملة»^(٢).

(١) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢ / ص ١٢.

(٢) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢ / ص ٣٥٤.

ومدارها على موضوعين:

١- الضروريات العينية: وتتعلق بحفظ المكلف للضروريات الخمس السابق بيانها في نفسه، فواجب على المكلف في نفسه حفظه لدينه، ولنفسه، ولعقله، ولنسله، وحفظه لماله لأنه يعينه على حفظ الأربع السابقة.

٢- الضروريات الكفائية: والمقصود بها القيام بالمصالح العامة التي بها تحفظ الضروريات الخمس، مثل القيام بأمر الولايات العامة التي تحفظ بها الحقوق والمصالح وتقوم بها المجتمعات الإسلامية.

فالمقاصد الأصلية: هي المقاصد المشروعة ابتداء لتحقيق أعظم المصالح، سواء كانت هذه المصالح ضرورية أو من المصالح العامة التي تعود على المصالح الضرورية بالحفظ^(١).

ثانياً: المقاصد التابعة:

هي المقاصد التي تتبع المقاصد الأصلية، بحيث تكون باعثة على تحقيقها أو مقترنة بها أو لاحقة لها، سواء كان ذلك من جهة الأمر الشرعي، أو من جهة المكلف وقصده في مجاري العادات^(٢). فتأتي مكتملة ومثبتة أو مقترنة بالمقاصد الأصلية، لكنها أقل مرتبة في القصد الشرعي إليها. والمقاصد التابعة يكون للمكلف حظ فيها، ومن جهتها يحصل له مقتضى ما جبل عليه من نيل الشهوات، والاستمتاع بالمباحات^(٣). مثل مقصد حفظ النسل، فهو مقصد أصلي، لكن قد يُنشئ المكلف النكاح بقصد الاستمتاع بجمال المرأة أو بها، فهذه مقاصد تابعة للمقصد الأصلي، لكنه لما كان سبباً في الإقدام على النكاح الذي فيه حفظ النسل، كان هذا المقصد مطلوباً بالتبع وليس بالأصالة.

(١) انظر: د. محمد اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٥٦.

(٢) انظر: د. مسفر القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل، مرجع سابق، ص ٥٤٧.

(٣) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ١٧٨.

وتنقسم المقاصد التابعة باعتبار تأكيدها للمقاصد الأصلية إلى ثلاثة أقسام:

أولاً: ما يقتضي تأكيد المقاصد الأصلية وتقويتها وحصول الرغبة فيها:

مثل النكاح مشروع على القصد الأصلي لحفظ النسل، لكن يليه طلب السكن، والتعاون على أمور الدنيا، فهذه مقاصد تابعة للقصد الأول. وجميع المقاصد التابعة هي مؤكدة للمقصد الأصلي، فكل ذلك من سكن وتعاون يؤدي للألفة التي فيها الاستمرار، وفي ذلك ثبات النكاح الذي فيه حفظ النسل.

ثانياً: ما يقتضي زوال المقاصد الأصلية عينا:

لقد قررنا أن النسل هو المقصود الأصلي من وراء النكاح، فإن كان القصد يناقض ذلك ككنكاح التحليل أو المتعة، لأن من قصد التحليل أو المتعة لم يقصد القصد الأصلي للنكاح وهو حفظ النسل، بل قصد تحليلها لزوجها أو الاستمتاع بها فترة مؤقتة، فهذا التابع لا يجوز قصده لما فيه من المضادة لقصد الشارع^(١).

ثالثاً: ما لا يقتضي تأكيداً ولا ربطاً، ولكنه لا يقتضي رفع المقاصد الأصلية عينا:

أي هو متردد بين النوع الأول والنوع الثاني، ويمثل له بالنكاح القاصد المضارة بالزوجة أو أخذ مالها، فهذا النكاح لا يقتضي المواصلة، ولا يقتضي عين المخالفة، إذ لا يلزم من قصده هذا وقوع الضرر.

ولأجل ترده بين القسمين السابقين يحتمل إلحاقه بالقسم الأول حيث لا يقتضي بالضرورة مضادة قصد الشارع، وإنما الفاعل لذلك فاعل لأمر يمكن حصول مقصود الشارع معه، ويحتمل إلحاقه بالقسم الثاني الممنوع، لأنه لا يقتضي تأكيد المقصود الأصلي للشارع^(٢).

(١) انظر: د. محمد اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٦٠.

(٢) انظر: د. محمد اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٦١.

وتظهر أهمية التفرقة بين المقاصد الأصلية والمقاصد التابعة عند الترجيح في الحكم باعتبار المقاصد الشرعية لأنه في التفرقة بينهما يظهر فقه المجتهد^(١).

وختاماً لهذا التقسيم، يظهر لنا أن المجتهد عند التعارض بين المقاصد يراعي المقاصد الأصلية، ثم التابعة، وينظر في أثر التابع على الحكم قبل العمل به.

الفرع الرابع: التقسيم للمقاصد باعتبار الشمول :

وهذا التقسيم الثالث للمقاصد، وتنقسم المقاصد من حيث شمولها للمسائل إلى ثلاثة أقسام: المقاصد العامة، ثم المقاصد الخاصة، ثم الأخص منها: المقاصد الجزئية.

ونفصلها فيما يأتي:

أولاً: المقاصد العامة:

هي التي تلاحظ في جميع أو أغلب أبواب الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة الكبرى، ومن أهم المقاصد العامة التي أتت الشريعة بمراعاتها وحفظها الضروريات الخمس، التي تدور المقاصد الشرعية على مراعاتها، لذا تجدها مقصداً أصلياً في كل الشريعة.

ومن أهم قواعد المقاصد العامة التي أتت الشريعة بها:

(أ) قاعدة جلب المصالح ودفع المفاسد، وتعم مصالح الدنيا والآخرة.

(ب) قاعدة التيسير ورفع الحرج، وتعم جميع النواحي الشرعية من معاملات وعبادات وجنایات وغيرها. وهاتان القاعدتان من أهم القواعد وكثير من المقاصد تابعة لهما، وسنفردهما بالتفصيل في مطلبين مستقلين.

ثانياً: المقاصد الخاصة:

وهي التي تتعلق بباب أو أبواب متجانسة من أبواب الفقه، كمقاصد باب النكاح، أو مقاصد باب المعاملات، أو باب الطهارة، وقريب من هذا تقسيمها أيضاً حسب

(١) الموافقات، الشاطبي، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٥٧.

موضوعها إلى مقاصد متعلقة بالعائلة، أو بالتصرفات المالية وهكذا^(١).

ومن المقاصد الخاصة لبعض أبواب الفقه:

أذكر بعض المقاصد المتعلقة بأبواب من الفقه لبيان المقاصد التي تجمع فروع الأحكام في باب أو مجموعة أبواب فقهية، ومن ذلك:

(أ) مقاصد أبواب العبادات:

هي مقاصد تعبدية يمكن معرفتها كمقصد الخضوع لله والتذلل له سبحانه، والانقياد لحكمه وعمارة قلبه بذكره حتى يكون العبد بقلبه وجوارحه حاضرا مع الله، وأهمية معرفتها تكمن في لزوم تحقيقها حال العبادة^(٢).

(ب) مقاصد المعاملات:

ومقاصد المعاملات مصالح العباد ومنافعهم، لذا كان الأصل فيها الالتفات إلى المعاني، ومعانيها أوضح من معاني العبادات للفارق، إذ العبادات توقيفية، أما المعاملات فيقاس عليها ويفرع منها، لذا اهتم العلماء ببيان مقاصدها وحكمها، وأيضا لكثرة احتياج الناس إليها في معاشهم اليومي^(٣).

(ج) المقاصد في باب الحدود:

ومقاصدها تحقيق مصالح حفظ النسل والمال، ومن أهم مقاصدها: جبر خواطر المتعدى عليهم وتعويضهم وردع للمتعدى حتى لا يكرر مثلها وزجر غيره أن يفعل فعله.

(١) انظر: دنور الدين الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٢) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢ / ص ٢٢٩.

(٣) المصدر نفسه، ج ٢ / ص ٣٠٠.

ثالثاً: المقاصد الجزئية:

وهي أخص المقاصد وأدقها موضوعاً، وتتعلق بمسألة معينة من المسائل الفقهية، وقد يعبر عنها بالحكمة وراء حكم مسألة ما. فالمقاصد العامة أو الخاصة أعم من الجزئية، فالعامة تتناول جميع الأحكام الشرعية، والخاصة تتناول باباً أو أبواباً متجانسة، أما هنا فهي مقاصد خاصة بهذه المسألة فقط^(١).

المطلب الثاني**خصائص المقاصد الشرعية وأهميتها في الاجتهاد الفقهي**

وفيه فروع:

الفرع الأول: خصائص المقاصد الشرعية:

سأذكر أهم خصائص المقاصد والتي لها التصاق بموضوع بحثنا في الحيل، وأذكر وجه العلاقة مع موضوع الحيل.

الخصيصة الأولى: العموم والاطراد:

المراد بالعموم: أنها شاملة لجميع أنواع التكليف والمكلفين، ولجميع الأحوال والأزمان والأماكن، فلا تختص بمكان أو زمان أو محل أو مكلف، وهو معنى كونها عامة^(٢). وتظهر أهمية هذه الخصيصة عند محاولة فهم مقصد الشارع من حكم ما، أو سلوك قاعدة التحيل لتغيير حكم المسألة بالتحيل، فلا يمكن أن يخلو حال من مقصد للشارع، ولا يمكن أن يقال إن هذا الزمان أو المكان لا تصلح فيه المقاصد تلك، وينبغي النظر في مقاصد أصلح منها تناسب العصر.

(١) انظر: محمد اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٨٨ و٤١٦.

(٢) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ١/ ص ٧٨.

والمراد بالاطراد: أن لا يكون المعنى مختلفا باختلاف أحوال الأقطار والقبائل والأعصار^(١).

فعلى هذا تشمل كل الأحكام في كل الأزمنة والأمكنة، فلا يمكن أن نستثني قسما فنفوت المصلحة منه بالحيل، بدعوى أن المصلحة غير متحققة في هذا الحكم .

الخصيصة الثانية: الثبوت من غير زوال:

المراد بالثبوت من غير زوال: أنها لا يلحقها نسخ ولا تغيير ولا تبديل ولا رفع لحكم من أحكامها^(٢).

وأهمية هذه الخصيصة في موضوع الحيل أن لا يأتي من يدعي في عصرنا أن مقاصد الشريعة في باب المعاملات أو الربا أو الأحوال الشخصية لا تصلح لزماننا أو أن المقصد الذي شرعت لأجله لم يعد ذي بال بتغير الزمان والأحوال، فيجوز التحيل عليها لأنها لا تحقق مقصدها الذي شرعت له في القرون الأولى.

فالمقاصد ليست مثل أدلة الأحكام الجزئية التي يلحقها النسخ، وكذلك فإن هذه المصالح عرفت بإرشاد الشارع إليها وليست هي من قبيل المصالح التي حددها البشر، فتتغير مع الزمان بل مصالح نابعة من مقاصد ثابتة راسخة^(٣).

الفرع الثاني: أهمية المقاصد الشرعية للمجتهد:

لا يخفى بعد ما قدمناه عن المقاصد أهمية فقهاء والإحاطة بها لمن أراد أن يجتهد في حكم مسألة ما، خصوصا مسائل النوازل المعاصرة، قال الشاطبي: «إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين:

(١) انظر: الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص ١٧٢.

(٢) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ١/ ص ٧٨.

(٣) انظر: د. عبد العزيز بن ربيعة، علم مقاصد الشارع، مرجع سابق، ص ٢٣١. و د. محمد اليوبي، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص ٤٣٢.

أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها.

الثاني: التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها^(١).

فالمقاصد مبنية على المصالح، وهذه المصالح تعرف باعتبار الشرع لها، لا من حيث إدراك المكلف، فإذا بلغ الإنسان مبلغاً يفهم عن الشارع قصده في كل مسألة من مسائل الشريعة، وفي كل باب منها، فقد حصل على ما يجعله أهلاً لمنزلة الفتيا^(٢). والمراد بالاجتهاد المقاصدي: العمل بمقاصد الشريعة، والالتفات إليها والاعتداد بها في عملية الاجتهاد الفقهي^(٣).

ومن خلال التقسيم الذي أوردناه للمقاصد من حيث تحقيقها لمصالح المكلفين، ومن حيث كونها أصلية أو تابعة، ومن حيث الشمول، يستطيع الفقيه أن ينزل كل حكم منزلته باعتبار منزلة المقصد الذي يحققه، فينظر للدليل الذي يحقق المقاصد الشرعية الأهم ويقدمه على غيره^(٤). ومما ذكره الشيخ يوسف القرضاوي مبيناً أهمية النظر في المقاصد عند إرادة الاجتهاد، قال: «وكل من وقف عند ظواهر النصوص الجزئية، وأهمل المقاصد الكلية يتعرض للخطأ في اجتهاده. وقد شاهدنا من ذلك في زمننا صوراً متعددة وصارخة»^(٥).

(١) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤/ ص ١٠٦.

(٢) المصدر نفسه، ج ٤/ ص ١٠٧.

(٣) د. نور الدين الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٤) انظر: د. نعمان جعيم، طرق الكشف عن مقاصد الشرع، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، ص ٤٣.

(٥) د. يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٨٩م، ص ٤٧.

فالمقاصد الشرعية أصول عامة تجمع المصالح وتدرأ المفاسد، وتجلب التيسير للمكلفين، لكن وجد أيضا من المجتهدين من بالغ في أمر المقاصد فبالغ في اعتبارها متجاوزاً لحدود عمومها، حيث جعله قطعياً وجعل شمولها مطرداً، فألغى أحكام الجزئيات التي لها معان تخصها بدعوى انصوائها تحت مقصد شامل، في مقابل ذلك الذي وقف مجانباً للمقاصد متعلقاً بالنصوص الجزئية إلى غاية تلغي المقاصد والمعاني التي تعترض النص الجزئي، وتحد من مدى تطبيقه^(١). وعلى ما سبق فإن المنهج الأكمل في الاجتهاد في كل مسألة بعرضها على الأدلة الجزئية في المسألة، وعلى الأدلة الكلية والمقاصد العامة للشريعة، ومن يقتصر في حكمه على المسائل، على الأدلة الجزئية من النصوص فقط دون النظر إلى المقاصد الشرعية في حفظها للمصالح، وترتيب تلك المصالح إلى ضرورة وحاجية وتحسينية، مثل من يقتصر في الاجتهاد بالمقاصد فقط دون النظر إلى النصوص الجزئية، فكل واحد من هؤلاء مقصر عن مرتبة الاجتهاد الأكمل^(٢).

الفرع الثالث: ضوابط الاجتهاد المسترشد بالمقاصد:

لتحقيق الغاية من الاجتهاد المسترشد بالمقاصد وضع الفقهاء ضوابط لثلاث يخرج

الاجتهاد المقاصدي عن أطره الشرعية، وهي ما يأتي:

- ١- التحقق من المقصد الأصلي الذي من أجله شرعت المعاملة أو منعت.
- ٢- أن يكون المقصد وصفاً ظاهراً منضبطاً، حتى يمكن التعليل عليه.
- ٣- تحديد درجة المقصد في سلم المقاصد، هل هو من رتبة المقاصد الضرورية، أو في رتبة الحاجي؟ وهل هو مقصد أصلي أم مقصد تابع؟

(١) الشيخ عبد الله بن المحفوظ بن بيه، مشاهد من المقاصد، مؤسسة الإسلام اليوم، السعودية، الطبعة

الأولى، ٢٠١٠م، ص ١٦٥.

(٢) انظر: أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي،

السعودية، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م، ص ٣٤٣.

٤ - النظر في النصوص الجزئية المؤسسة للحكم.

٥ - هل المقصد المعلل به منصوص عليه أم مستنبط؟^(١).

وما سبق يؤكد دقة الترجيح والحكم المبني على المقاصد، وأهمية معرفة مراتبها، وما يقدم منها عند التعارض، ثم كيفية تنزيل المقاصد على النوازل والحوادث الفقهية المعاصرة، و«إن المشكلة الأدق في هذا الضابط هي إدراج النوازل والأقضية في كليتها ومراتبها، والحكم على أن هذا الأمر هو من قبيل حفظ الدين أو النفس أو العقل أو النسل أو المال، وإنه ضروري أو حاجي أو تحسيني، أو مكمل لإحدى تلك المراتب، فهذا هو الأدق من غيره في عملية ترجيح المصالح، وهو الأشق والأصعب، ويأتي بعد هذا أمر النظر في مقدار شمولها والتأكد من وقوعها، ليتحقق المجتهدون من أن المصلحة المنتظرة ستشمل العامة، أو ستلحق بأغلبهم أو بعضهم»^(٢).

ومما سبق يظهر لنا أهمية الاجتهاد المقاصدي، وأهمية اعتباره عند النظر في حكم الحيل الفقهية، وأنه لا بد من وزن الحيل بميزان المقاصد الشرعية عند الحكم عليها.

المطلب الثالث

العلاقة بين المقاصد الشرعية والحيل

وفيه فروع:

الفرع الأول: الحيل الفقهية من موضوعات أصل اعتبار المآل

لا شك في العلاقة الوثيقة بين الحيل والمقاصد الشرعية، فالحيل يريد بها أصحابها تحقيق المصالح، والمقاصد والمصالح شيء واحد كما بينا سابقاً، ويظهر لنا مما سبق ما يأتي:

(١) انظر: عبد الله بن المحفوظ بن بيه، مشاهد من المقاصد، مرجع سابق، ص ١٦٦.

(٢) د. نور الدين الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، مرجع سابق، ص ١٥٩.

أولاً: من خلال الدراسة السابقة يتضح أن الحيل لكونها وسيلة لتغيير الحكم الشرعي، أي بمعنى: التحلل من الواجبات والتحليل للمحرمات بواسطة مباحة، تتناقض من حيث المبدأ مع المقاصد الشرعية، فالشرع أتى بما فيه تحقيق العبودية والاستسلام الكامل لله تعالى، والحيل تخالف ذلك، حيث باعثها غالباً الهوى الداعي للتحلل من التكاليف^(١).

ثانياً: ذكرت سابقاً أن معارضة أو إبطال القصد الشرعي هو سبب التحريم لدى من منع الحيلة، وأن مآل الحيلة تفويت المقاصد الشرعية من وراء الحكم أو إبطالها وأن إعمال صور الأعمال الظاهرة مع فوات المقصد الشرعي منها يخرجها من دائرة الشرع وحيث قدمنا الارتباط الوثيق بين الحكم الشرعي وبين القصد الشرعي منه؛ فإننا متى قمنا بعمل الفعل المشروع ظاهراً مع تفويت المقصد الشرعي الذي شرع لأجله، وتحقيقه المفسدة التي نهي عن الصور الأخرى لأجلها؛ فلا يمكن أن يقال بجواز هذا الفعل لتشابه الظاهر وتطابق الفعل مع غياب روحه عنه، أي فوات وغياب المقصد الشرعي، فلا يعقل أنه بمجرد عمل تقديم أو تأخير في ظاهر العقد الممنوع يستحيل من عقد محرم إلى عقد جائز؟! مع اشتغال العقد على المفسد، وتفويته للمقاصد الشرعية.

والأمر الذي ينبغي تأكيده أن المقاصد مقدمة دائماً في المراعاة على ظاهر الأعمال، لأنها الغاية منها، والغاية أقوى من الوسيلة بداهة^(٢).

الضرع الثاني: تعلق حكم الحيل الفقهية بالمقاصد الشرعية:

سبق بيان أهمية المقاصد الشرعية وتأثيرها على الفتوى والحكم، لذا كان الدليل المعتضد بالمقصد الشرعي هو سبيل الفقيه للإفتاء، وفي مسألة الحيل شدد القائلون بالمنع على أمر مخالفة الحيل للمقاصد الشرعية، وكان من أعظم ما استدلل به على منع التحيل

(١) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ١٦٨.

(٢) انظر: د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق،

ج ١/ ص ٤١٤.

كونها مبطلة للمقاصد الشرعية، لذا نصوا على أنه متى وجدت حيلة لا تناقض المقصد الشرعي، أو حيلة تنقل المكلف من مقصد شرعي إلى آخر أولى منه بالرعاية، فحكم الحيلة يختلف عندها، وهذا ما يُسمى بالتعليل المقاصدي؛ ويقصد به كل أنواع التعليل التي تعود إلى قواعد المقاصد الشرعية، ومنع التحيل من هذه القواعد^(١).

وهذا المنهج يظهر في اختيارات ابن القيم^(٢)، والشاطبي^(٣) رحمهما الله في حكم الحيل.

دقة موضوع الحكم على الحيل بالنظر إلى المقاصد:

لدقة الحكم بميزان المقاصد فإنه لا بد عند النظر إلى القصد الشرعي الذي تفوته الحيلة من النظر إلى الجهتين: المقصد العام، والمقصد الخاص، والمراد بالقصد الخاص: المصلحة الجزئية من خلف تشريع هذا الحكم؛ فلا يصح أن ينظر للمقصد العام منفرداً، لأنه إذا وضع المقصد العام لوحده معياراً لمعرفة أثر الحيلة في تفويت المصالح فقد لا ينتج عنه إدراك صحيح لما يفوت من المقاصد، لأن المصلحة الثابتة في تلك المصلحة الجزئية قد لاتعوض بتغيير الحكم، حتى لو اتفقت المصالح العامة للحكم المستبدل مع الحكم المستبدل به، وهذا لخصوصية المقصد في كل حكم، لما ذكرناه سابقاً من اشتغال الأحكام الشرعية على مصلحة كلية في الجملة وعلى مصلحة جزئية في كل مسألة على الخصوص^(٤)، وهنا يأتي دور الفقيه في التمييز بينها، والتقديم والتأخير لها حسب مراتبها في الشرع.

(١) انظر: د عبد القادر بن حرز الله، التعليل المقاصدي لأحكام الفساد والبطلان، مكتبة الرشد،

الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٢٩.

(٢) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤٢٠ وما بعدها.

(٣) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٨٧.

(٤) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٨٦.

المبحث الثاني

الحكم على الحيل بحسب أثرها على المقاصد الشرعية

اجتهدت في هذا المبحث أن أضع معايير للحكم على الحيل، ثم طبقت هذه المعايير على الأقسام الرئيسة للحيل، فدرست حكم الحيل التي تفوت مقاصد الشارع، وحكم الحيل التي تفوت مقصداً شرعياً وتعوضه بمقصد مكافئ له، وحكم الحيل التي تحقق مقاصد شرعية أكبر من التي تفوت، ثم لتأكيد التشابه بين نوع من الحيل الجائزة بحثت علاقة الحيل بالاستحسان الأصولي.

المطلب الأول

معايير الحكم على الحيل

وفيه تمهيد وفروع:

تمهيد: المنهج الوسط في الحكم على الحيل:

سبق أن بحثت في الفصل الثاني حكم الحيل الفقهية، وذكرت أن الراجح منعها في الجملة لقوة أدلة المنع، وقصدت بقولي منعها في الجملة: أنه قد يستثنى من هذا الحكم العام في منع الحيل بعض المسائل، إذ قد يوجد من الحيل الفقهية ما يمكن إلحاقه بالمخارج الشرعية باعتبار تحقيق المقاصد الشرعية والمصالح المعتبرة، فهذا منهج متوسط يمثل توفيقاً بين القولين السابقين، أي المانعين للحيل والمجيزين لها، وملخص هذا القول: إن الحيل تجوز إن تحققت فيها مصالح شرعية راجحة، كأن تكون المقاصد التي تحققها أعظم مما تفوته من مقاصد، وفي هذا القول جمعا وتوفيقاً لقول المانعين والمجيزين.

وهذا المنهج في الحكم على الحيل سار عليه ابن القيم، واختاره الشاطبي أيضاً،

وسنوضح ذلك من خلال الأمثلة التي نوردتها.

الفرع الأول: معايير الحكم على الحيل باعتبار علاقتها بالمقاصد:

إن إقامة دليل شرعي على منع كل حيلة أمر متعذر ولا يمكن تصوره، إذ قد لا تتعارض الحيلة مع نص شرعي صريح، وكذلك يتعذر إقامة الدليل الشرعي على جواز

كل حيلة ؛ فلأجل ذلك اجتهدت في وضع معايير للحكم على الحيل الفقهية، وبهذه المعايير يمكن دراسة أي حيلة والحكم عليها.

وقد وضعت هذه المعايير من خلال ما سبق ذكره من ضوابط لجواز الحيل، ومن خلال ما ذكرناه من أهمية المقاصد الشرعية في الاجتهاد، ومراتب المقاصد، وأن الأحكام كلها تدور على تحقيق المصالح الشرعية.

وعليه يمكن وضع ثلاثة معايير أو موازين رئيسة للحكم على أي حيلة، وهي:

المعيار الأول: تحقق ضوابط الجواز الأولية في الحيلة، وإلا كانت محرمة ابتداء.

المعيار الثاني: وجود مصلحة شرعية معتبرة تحققها هذه الحيلة.

المعيار الثالث: مقارنة ما تحققه الحيلة من مقاصد مقابل ما تفوته من مقاصد الحكم

الأصلي.

وأتناول فيما يأتي هذه المعايير بالتفصيل.

المعيار الأول: تحقق ضوابط جواز الحيل الفقهية:

ومن خلال دراستي لأقوال الفريقين، يظهر لي اشتراط هذه الضوابط معياراً أولياً

للقول بجواز الحيل الفقهية:

١- عدم معارضة الحيل لنص صريح في المسألة، وبهذا الضابط تخرج الحيل الفقهية

التي تعارض نصاً شرعياً، مثل الحيل في زكاة الأنعام بتفريق النصاب أو جمعه لورود

النص في ذلك.

٢- أن لا يترتب على الحيلة إضاعة لحق الغير أو ظلم له، وبهذا الضابط تخرج الحيل

التي تظلم أو تضر أطرافاً أخرى وإن حققت مصلحة للمتحمّل، مثل: الحيل على الشفعة

وحيلة الإضرار بالمرأة لتطلب الخلع.

٣- أن تكون الوسيلة جائزة، وبهذا الضابط تخرج أي حيلة وسيلتها محرمة ويقصد بها تغيير الحكم الشرعي فلا تجوز بغير خلاف، مثل الإقرار الكاذب بالدين لو ارتث لزيادة حصته من الإرث.

فإن لم يتحقق المعيار الأول بتحقق الضوابط الثلاثة التي ذكرناها ؛ فالصحيح أنه لا ينظر للمعيارين التي بعده، لمنع الحيلة ابتداء لفقدانها لأحد ضوابط قبولها، أما إن تحقق المعيار الأول فينظر إلى المعيار الثاني.

المعيار الثاني: وجود مصلحة شرعية معتبرة من هذه الحيلة:

إن وجود مصلحة معتبرة من هذه الحيلة هو المعيار الثاني لجواز الحيلة الفقهية، والمصلحة المقصودة هنا هي المصلحة التي اعتبرها الشارع.

وأهمية وزن الحيلة بمعيار المصلحة الشرعية أنه قد يعرض من الحيل ما لا يعارض نصا شرعيا، ولا يترتب عليه ضررا بأحد، ووسيلتها مباحة، لكن عند التأمل فيها لانجد مصلحة شرعية معتبرة، وإنما يوجد بها مصلحة من جنس المصالح الملغاة في اعتبار الشرع، أو مصلحة ادعاهها نفر من الباحثين ولا تسلم لهم، ومثاله كمن يرى في الربا فائدة للاقتصاد، وقد مر معنا في المبحث السابق ضوابط المصلحة المعتبرة.

فعليه لا بد من وجود مصلحة شرعية معتبرة، وسبق معنا بيان المصالح المعتبرة في الشرع، فإن ثبت ذلك، فقد تحقق المعيار الثاني، وينظر بعدها للمعيار الثالث.

المعيار الثالث: مقارنة ما تحققه الحيلة من مقاصد مقابل ما تفوته من

مقاصد الحكم الأصلي

والمراد بالمقارنة: النظر فيما تحققه الحيلة من مصلحة مقابل ما تفوته، أي ما يؤول إليه الأمر بعد الحيلة، وهل هو متوافق مع المقاصد الشرعية و محقق لها أم لا ؟
ونقصد بالحكم الأصلي: الحكم الذي يراد بالحيلة نقل المكلف منه إلى الحكم الآخر.

فإن إرادة تغيير الحكم في المسألة هو هدف الحيلة، والحكم الأصلي قد شرع لمقاصد شرعية، منها المقاصد العامة التي تتحقق بهذا الحكم وغيره، ومنها المقاصد الخاصة المتحققة بهذا الحكم وحده، وبتغيير الحكم تتأثر المقاصد العامة والخاصة، لكن بالأخص يتأثر المقصد الخاص الذي وضع هذا الحكم لأجله ومراعاة له، فينظر الفقيه حينها للمصلحة أو للمقصد الشرعي الآخر الذي تحققه هذه الحيلة، فإن كانت أكبر من الذي تفوته الحيلة؛ فإن الحيلة تكون جائزة لما يتحقق من موافقة للمقصد الشرعي فيها، وإن كانت أقل تمنع لتضييعها المقصد الأهم.

قال الشاطبي مبينا أهمية النظر إلى الحيلة بمعيار المقاصد الشرعية وتحقيق المصالح: «وكذلك القول في الحيل عند من قال بها مطلقا؛ فإنما قال بها بناء على أن للشارع قصداً في استجلاب المصالح ودرء المفسد، بل الشريعة لهذا وضعت، فإذا صحح مثلا نكاح المحلل فإنما صححه على فرض أنه غلب على ظنه من قصد الشارع الإذن في استجلاب مصلحة الزوجين فيه، وكذلك سائر المسائل بدليل صحته في النطق بكلمة الكفر خوف القتل أو التعذيب، وفي سائر المصالح العامة والخاصة، إذ لا يمكن إقامة دليل في الشريعة على إبطال كل حيلة، كما أنه لا يقوم دليل على تصحيح كل حيلة، فإنما يبطل منها ما كان مضادا لقصد الشارع خاصة وهو الذي يتفق عليه جميع أهل الإسلام»^(١).

خلاصة ما سبق:

إن الحكم العام بمنع الحيل الفقهية هو الأصل، لكن متى أردنا دراسة حيلة ما للحاجة لها في معاملة حادثة، أو لافتراض وجود مصلحة متحققة منها، فتعرض حينها على المعايير الثلاث ويسهل دراستها والحكم عليها، ومتى تحققت بها هذه المعايير تستثنى من حكم المنع للحيل الفقهية، وتكون حيلة جائزة لتحقق المصلحة الشرعية منها.

(١) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢ / ص ٣٣٦.

الفرع الثاني: تقسيم ابن عاشور لأحكام الحيلة باعتبار أثرها على المقاصد:
اعتنى الطاهر بن عاشور رحمته الله بتفصيل مجمل ما ذكره الشاطبي، وقرر أن تقسيم الحكم على الحيلة بحسب أثرها على المقصد الشرعي وجعل هذه العلاقة والأثر من أهم معايير الحكم على الحيلة كما ذكرنا سابقاً، وجعله مقياساً هاماً للحكم على الحيلة، وقد قسمها بهذا الاعتبار إلى خمسة أنواع:

١- النوع الأول: تحيل يفوت المقصد الشرعي كله، ولا يعوضه بمقصد آخر، وهذا لا ينبغي الشك في ذمه وبطلانه.

٢- النوع الثاني: تحيل على أمر مشروع بوجه ينقل إلى أمر مشروع آخر.

مثل التجارة بالمال المتجمع خشية أن تنقصه الزكاة، فإنه إذا فعل ذلك استعمل المال في مأذون فيه، فحصل مسبب ذلك - وهو بذل المال - في شراء السلع وترتب عليه نقصانه من النصاب فلا يزكي زكاة النقدين، ولكن انتقلت مصلحة ذلك المال من نفع الفقير إلى منافع عامة تنشأ عن تحريك المال، وانتقلت زكاته إلى زكاة التجارة.

٣- النوع الثالث: تحيل على تعطيل أمر مشروع على وجه يسلك به أمراً مشروعاً آخر، هو أخف عليه من المنتقل منه، مثل لبس الخف لإسقاط غسل الرجلين في الوضوء.

٤- النوع الرابع: تحيل في أعمال ليست مشتملة على معان عظيمة مقصودة للشارع، والتحيل فيها يترتب عليه تحقيق لمآثل مقصد الشارع من تلك الأعمال.

وفي هذا النوع مجال من الاجتهاد، ولذلك كثر الخلاف بين العلماء في صورة وفروعه.

٥- النوع الخامس: تحيل لا ينافي مقصد الشارع، أو هو يعين على تحصيل مقصده، ولكن فيه إضاعة حق لآخر أو مفسدة أخرى، مثل التحيل على تطويل عدة المطلقة^(١).

فهذه الأقسام الخمسة هي تقسيم ابن عاشور للحيل باعتبار علاقتها بالمقاصد الشرعية.

(١) انظر: الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص ٢٥٣ و ٢٥٦.

تعلق تقسيم ابن عاشور بموضوعنا

تعقيباً على التقسيم السابق للعلامة ابن عاشور رحمته الله، أورد هذه الملاحظات:

١- فيما يتعلق بالحيل التي نتناولها بالدراسة فإن من هذه الأنواع الخمسة التي ذكرها هناك ثلاثة أنواع فقط تتعلق بهذا النوع من الحيل، وهذا لأن النوع الثاني سبق ذكره في الحيل الجائزة، وحقيقته أن ليس هناك تغيير للحكم الشرعي فليس مكانه هنا، إذ موضوعنا الحيلة التي فيها تغيير للحكم الشرعي.

٢- النوع الثالث: بابه الرخص الشرعية، وليس من جنس الحيل الفقهية، لأنه سلك سبيلاً لشيء مشروع ابتداءً.

٣- أما النوع الخامس: فيخرج من مفهوم الحيلة التي نقصدها هنا، لأن في هذه الحيلة إلحاق الضرر بالغير، وقد اتفق كل من أجاز الحيل على منع الحيل التي فيها ظلم أو ضرر.

فيبقى لدينا ثلاثة أقسام، هي أقسام الحيل باعتبار أثرها على المقصد الشرعي:

أولاً: الحيل التي تبطل أو تفوت مقصداً شرعياً، ولا تحقق مقصداً آخر للشارع.

ثانياً: الحيل التي تفوت مقصداً شرعياً، وتعوضه بتحقيق مقصد شرعي مثله.

ثالثاً: الحيل التي ليست متعلقة بمقصد شرعي كبير، وتنقل المكلف لتحقيق مقصد

آخر، أهم من المقصد المفقود.

وهذه الأقسام الثلاثة تشمل جميع مسائل الحيل التي يقصد بها تغيير الحكم الشرعي

بواسطة مباحة، وكل حيلة تندرج تحت أحد هذه الأقسام، وسأتناول كل قسم من هذه

الأقسام في مطلب مستقل أبين حكمه وأمثلة له بأمثلة تطبيقية توضحه.

المطلب الثاني

حكم الحيل التي تفوت مقاصد الشارع

سبق ذكر معايير جواز الحيل، وعليه قبل الشروع في أحكام الحيل بحسب علاقتها بالمقاصد من المهم التنبيه أنه يفترض في الحيل التي تعرض على المعيار الثالث أنه قد انطبق عليها ضوابط المعيار الأول، أي أنها: لا تعارض نصوصاً صحيحة صريحة، ولا يترتب عليها ضرراً أو ظلماً للآخرين، ووسيلتها جائزة. وينطبق عليها أيضاً المعيار الثاني؛ أي أن هذه الحيلة تحقق مصلحة معتبرة شرعاً.

الفرع الأول: المقصود بهذا النوع وحكمه:

أولاً: المقصود بالحيل التي تفوت مقاصد الشارع:

المقصود بها: الحيل التي تعطل أو تفوت أو تبطل المقصد الشرعي الذي لأجله شرع الحكم ولا تعوضه بمقصد مثله ولا أعظم منه، وسواء في ذلك أكان المقصد من رتبة الضروري أم أقل.

ثانياً: حكم هذا النوع:

والراجع في حكم هذه الحيل أنها ممنوعة شرعاً، ويترتب على ذلك إبطال آثارها كما مر معنا، وهذا لأمرين:

- ١- ظهور مخالفتها للمقاصد الشرعية، وأن الفقيه بتحيله على تغيير الحكم الشرعي قد أبطل المقصد الشرعي من وراء الحكم، ولم يكن ذلك لمقصد نقله لمقصد شرعي آخر أكثر أهمية من الذي فوته، ومثالها: الحيل المتعلقة بالتحايل لتجويض الربا.
- ٢- أن المفاصد التي حرم لأجلها هذا الأمر المنهي عنه موجودة بعد التحيل، مثل مفسدة الربا؛ فإنها موجودة في حقيقة التعامل الآخر، فمآلها إيجاد المفاصد التي حرمت هذه الأمور لأجلها، أيما كانت الصورة التي تقع بها هذه الأعمال، وهذا الأمر من أكبر المرجحات على حرمة منهج التحيل الفقهي لأجل تغيير الأحكام الشرعية.

الفقيه بالشرع لا يُقر حيلة تفوت المقصد الشرعي:

قبل الخوض في الأمثلة أورد نصين للإمامين: ابن تيمية والشاطبي، يظهر فيهما إدراكهما العميق لموضوع الحيل، وفيه إرشاد لمن يريد فهم العلاقة بين الحيل والمقاصد الشرعية، قال ابن تيمية رحمهما الله: «وأظن كثيرا من الحيل إنما استحلها من لم يفقه الشرع!»^(١). وقصده أن من فقه الشرع علم أن الحيل تفوت مقصد الشارع من الحكم، مع بقاء صورة الفعل المشروع، وهذا لا يغني شيئا من تشريع الحكم.

وأما الشاطبي فقال: «فتأمل، كيف كان القصد المشروع في العمل لا يهدم قصدا شرعيا، والقصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي!»^(٢). وتأمل الأمثلة التي سنوردها يتضح كيف تُعطل الحيل المقاصد الشرعية التي لأجلها شرع الحكم، وهذا السبب الذي جعل محمد بن الحسن، تلميذ أبي حنيفة رحمهما الله، يحرم ثلاثة من أكبر مسائل الحيل لتناقضها مع المقصد الشرعي، كما بينا ذلك سابقا في الفصل الأول من هذه الدراسة.

الفرع الثاني: أمثلة تطبيقية لهذا النوع:

أولا: الحيل التي فيها سد لباب حكم شرعي وتعطيل لمقاصده بالكلية:

ومن صورها:

(١) في باب الطلاق:

سد باب الطلاق بالكلية بالحيلة السريجية^(٣) التي تمنع الطلاق: والحيلة السريجية يقصد بها منع الطلاق وسد بابه تماما، وكيفيتها أن يقول الرجل لزوجته: «كلما وقع عليك

(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٥٥.

(٢) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٨٦.

(٣) السريجية: نسبة للعباس بن سريج، الفقيه الشافعي، والشافعية فيها على قولين، ما بين مجيز لها ومانع. انظر: محمد الشربيني الخطيب، الإقناع، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤١٥هـ، ج ٢/ ص ٤٤٧.

طالقي، فأنت طالق قبله ثلاثاً»^(١). ويريد بهذا أن لا يقع الطلاق أبداً، فإذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق لا يقع طلاقه، لأنه طلق من قبل ! لأنه يلزم من طلاقه أنه طلق قبل، فعليه لا يمكنه أن يطلق زوجته أبد الدهر^(٢).

وتظهر المعارضة الصريحة لهذه الحيلة مع مراد الشارع من إباحة الطلاق وهو أنه متى ساءت الحياة بين الزوجين، فالطلاق مخرج لهما، وهذه الحيلة تغلق أبواب الطلاق أبد الدهر، ولذا علل بطلان التعليق الدوري للطلاق، لإفضائه إلى سد باب الطلاق الذي شرعه الشارع^(٣)، وكأننا وقعنا في ما وقعت به بنو إسرائيل من تحريم ما أحله الله لنا، وصار النكاح كحال نكاح النصراري لا طلاق فيه، لذا أنكرها فقهاء الحنفية وشنعوا القول فيها^(٤)، وكذلك أنكرها فقهاء الشافعية. قال الإمام النووي^(٥) (ت ٦٧٦هـ): «ومن الحيل التي فيها شبهة ويذم فاعلها الحيلة السريجية في الطلاق»^(٦). وبهذا يظهر أن القائلين بجواز الحيل الفقهية منعوا الحيلة السريجية لما تفضي إليه.

(١) الزركشي، المشور في القواعد، مصدر سابق، ج ١ / ص ٣٢٣.

(٢) المصدر نفسه، ج ٣ / ص ٣٢٢.

(٣) انظر: تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج ١ / ص ١٢٣.

(٤) انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج ٣ / ص ٢٢٩.

(٥) الإمام النووي: أبوزكريا يحيى بن شرف النووي الحزامي، محرر ومنقح المذهب الشافعي، الإمام المحدث الفقيه صاحب التصانيف الكثيرة، اشتهر بزهده، من مصنفاته: المجموع شرح المهذب، وروضة الطالبين في فقه الشافعية، توفي بمسقط رأسه نوى من قرى الشام، سنة ٦٧٦ هـ.

انظر: ابن قاضي شهبه، طبقات الشافعية، مصدر سابق، ج ٢ / ص ١٥٣؛ الشيرازي، أبو إسحاق، إبراهيم بن علي بن يوسف الشافعي (ت ٤٧٦هـ)، طبقات الفقهاء، تحقيق: الشيخ خليل الميس، دار

القلم، بيروت، د. ط، د. ت، ص ٢٦٨.

(٦) النووي، المجموع، مصدر سابق، ج ١ / ص ٤٦.

٢) الحيل في تعطيل الشفعة:

والحيل في باب الشفعة من أبواب الحيل الرئيسية، والتي توسع فيها القائلون بالجواز، وهي مثال لما في الحيل من تعطيل لمقاصد شرعية لأبواب كاملة من الفقه، فحيل تعطيل الشفعة، تذهب المقصد الشرعي الذي لأجله أثبت الشارع حق الشفعة للجار أو للشريك، فأنت الحيل المتعددة والمتنوعة بما يقتضي إلغاء هذا الحق بالكلية^(١). والذي يستحق الذكر أنه قد منعها محمد بن الحسن من الحنفية، لأنها رأى فيها سدا لباب الشفعة بالكلية، قال الكاساني^(٢) (ت ٥٨٧هـ): «ووجه قول محمد: إن شرع الحيلة يؤدي إلى سد باب الشفعة، وفيه إبطال هذا الحق أصلاً ورأساً»^(٣).

٣) الحيل لتعطيل الزكاة:

إن مقاصد الشارع من الزكاة كثيرة، لكن من أهمها رفع رذيلة الشح، ومصلحة إرفاق المساكين، وإحياء النفوس المعرضة للتلف^(٤)، ولو تأملنا في مآل التحيل على الزكاة لوجدناها تؤدي - بالإضافة إلى تفويت ماسبق من مقاصد - إلى فقدان الأمن، فإن من مقاصد الزكاة حفظ المدينة أو البلد التي تدفع الزكاة بها، لأنه لا تخلو مدينة من الفقراء، وهؤلاء يحسون بالحرمان، فيترتب على إعانة الفقراء بالزكاة حفظ البلد من الحسد الذي قد يؤدي إلى اقتتال أو سرقات بسبب الحرمان^(٥).

(١) انظر: الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ٦٦.

(٢) العلامة الفقيه علاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، الملقب: بملك العلماء، تتلمذ على يد العلامة علاء الدين السمرقندي الحنفي صاحب التحفة، وشرح الكاساني التحفة، فلما رأى السمرقندي الشرح فرح به وزوجه ابنته، فقيل: شرح تحفته وزوجه ابنته، رحمها الله. توفي الكاساني بحلب سنة ٥٨٧ هـ. انظر: أبو الوفاء القرشي، طبقات الحنفية، مصدر سابق، ص ٢٤٤.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦/ ص ١٧٢.

(٤) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٨٥.

(٥) انظر: شاه الدهلوي، حجة الله البالغة، مصدر سابق، ج ٢/ ص ١٠٠.

والتحيل على الزكاة يكون بتغيير النصاب، أو الهبة لبعض المال قبل الحول، ثم يسترده.

ولهذا مال الحنفية إلى الكراهة التحريمية لهذه الحيل، اتباعاً لمحمد بن الحسن فيها، وعللوا التحريم بالمفسدة المتحصلة من إلحاق الضرر بالفقراء. قال ابن نجيم: «واختلفوا في الكراهة - أي لهذه الحيلة - ومشايخنا رحمهم الله أخذوا بقول محمد في المسألة دفعاً للضرر عن الفقراء»^(١).

فأي حيلة فيها نقض لهذا المقصد وتعطيل له لا يمكن تعويضه بالقول إن نقل المال إلى جهة أخرى تجارية أو استثمارية فيه تحقيق مصلحة أخرى مماثلة كتحرير الاقتصاد، فهذا كلام غير مقبول، لأن هذه الزكاة هي حق مباشر ومستحق للفقير في هذا المال، وتحريك المال في الاقتصاد لا يعوض الفقير حقه في واقع الأمر.

لذا يرى فقهاء الحنفية أن الخلاف في إبطال الشفعة بالتحيل قبل وجوبها مثل الخلاف في إبطال الزكاة بالتحيل قبل الحول^(٢).

٤) الحيل لتعطيل الحدود:

وكان يتعلم مثل هذه الحيل السراق ليحتالوا على إبطال حد السرقة^(٣)، فهذه الحيل تعطل نصوص الحدود، وتناقض مقصد الشارع في حفظ الأموال، فالقصد من حد السرقة ردع النفوس الشريرة عن التعدي على أموال الغير، وزجراً لها من تكرارها^(٤)،

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص ٤٤٣.

(٢) انظر: علاء الدين السمرقندي (ت ٥٣٩هـ)، تحفة الفقهاء، تحقيق: د. محمد زكي عبدالبر، إدارة

إحياء التراث الإسلامي، قطر، الطبعة الثانية، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٨٦.

(٣) انظر: السمرقندي، جنة الأحكام وجنة الخصام، مصدر سابق، ص ٢٧١.

(٤) انظر: د محمد البيوي، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤١٢.

وحفظ المال من الضروريات الخمس التي جاء بها الشارع، أما المصلحة الجزئية الخاصة بحفظ اليد من القطع، فإنها مصلحة جزئية لا تعادل المصلحة العامة، ناهيك وأن هذه المصلحة ملغاة بالنصوص الواردة في قطع يد السارق، لذا تجد أن فقهاء الحنفية رجحوا أنه يجب على صاحبها القطع، لعدم اعتبارهم بهذه الحيلة في اسقاط الحد^(١). وهذا مما يؤكد تصدي المحققين من فقهاء الحنفية لمحاولة بعض ضعاف العقول أو النفوس استخدام فقه الحيل لأغراض تناقض مقاصد الشرع.

٥) الحيل لتعطيل الوفاء بالدين للغرماء:

وهي حيلة لمن عليه دين ويطلبه الغرماء به وله عقار، وخشي أن يبيع القاضي أمواله ليوفي للغرماء، فيقوم بإيقاف أملاكه على أي جهة شاء، ثم يشترط الغلة له، أو يشترط لنفسه التصرف بها تحت يده ما دام حيا، فلا يستطيع الغرماء أن يبيعوا أمواله ويحصلوا حقوقهم لأنها موقوفة، وقد يكون اشتراها بأموالهم في حقيقة الأمر. فأبي حيلة هذه التي تناقض مقاصد الشارع التي من ضرورياتها حفظ المال، وكم فيها من تعطيل للمقاصد الشرعية في الأموال بواسطة التحيل عن طريق الوقف الذي شرعه الله لأجل وجوه البر فيستخدمه هذا المتحيل لمعاني فاسدة. «فلا يعقل أن تبيح الشريعة تحيل يبيع لهم اسقاط ما فرض عليهم، وإضاعة الحقوق التي أحقها عليهم لبعضهم بعضا»^(٢).

ثانيا: الحيل التي يراد بها تحليل الربا:

المقاصد الشرعية لتحريم الربا:

إن المقاصد الشرعية في تحريم الربا أمور:

(١) انظر: المرغياني، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج ٢/ ص ١٢٥.

(٢) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٣٩.

أولها: أنه استغلال حاجة الفقراء المضطرين للقروض، الذين هم عامة من يحتاج للسلف، وهذا الربا بأي حيلة أو صورة كان لا يقف عند حد ما، بل هو يزيد في حجم الدين، مما يؤدي في النهاية إلى مزيد من الإفكار لهؤلاء الضعفاء.

والأمر الثاني: إن الربا فيه مفسدة جمود الأموال وعدم دورانها في ما فيه مصالح المجتمع، فإن الاستثمار في الأموال بزيادتها بالربا، أي كانت صورته، يؤدي بأصحاب الأموال إلى الإعراض عن الاستثمار الحقيقي من التجارة والصناعة والزراعة، وهذا كله خلاف المقاصد الشرعية.

والأمر الثالث: إن الشارع أتى بالأمر بالتعاون والتكافل، وعليه ندب إلى الإقراض الحسن بين المسلمين، أما المرابي فإنه شحيح النفس، معرض عن ذلك^(١). فإن الربا لم يكن حراماً لصورته ولفظه، وإنما كان حراماً لحقيقته التي امتاز بها عن حقيقة البيع^(٢)، فالبيع والتجارة يحققان مقاصد الشريعة في الرواج عكس الربا والحيل الربوية مثل صريح الربا في مصادتها للمقاصد الشرعية.

ومن صورها:

١ - حيلة من له على شخص دين عشرة دراهم وطلب أن يؤجله في السداد، وأراد الدائن أن يزيد مقابل التأجيل، فالحيلة له: أن يحضر المدين متاعاً بعشرة ثم يسلمه إليه، ويكون قضي دينه الأول، ثم يقوم الدائن بإعادة بيعه له بثلاثة عشر إلى أجل، فتحصل له الزيادة التي يريد^(٣)، فالشارع أتى بمنع الربا لمقاصد عظيمة، وهذا يريد أن يراي ولكن بصورة البيع.

(١) انظر: شاه الدهلوي، حجة الله البالغة، مرجع سابق، ج ٢/ ص ٢٨٣.

(٢) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٥٢.

(٣) انظر: السمرقندي، جنة الأحكام وجنة الخصام، مصدر سابق، ص ٥٨.

٢- حيلة لمن أراد أن يستلف من رجل ألف درهم، ولديه سلعة تساوي مئتين، ويريدان إخراج الربا بصورة بيع، فالحيلة أن يشتري منه السلعة خمس مرات، وفي كل مرة يشتريها منه بمئتين وخمسين مؤجلة، ثم يبيعها له نقدا بمئتين وهكذا خمس مرات متتاليات، حتى يتحصل منه على الألف التي يريد^(١)، فأى فرق أيضا في مخالفة مقاصد الشارع بين هذه وبين الربا؟

فهاتان الحيلتان تفوتان مقاصد الشارع في منع الربا، وأي مفسدة في الربا لا توجد في هاتين الحيلتين عدا صحة التعامل في الظاهر؟! وأي مقاصد شرعية تتحقق في إجازتهما؟

ثالثا: الحيل في التخلص من العدة أو الاستبراء:

مثالها: الحيلة التي أفتى بها بعضهم لمن اشترى جارية، وأراد أن يقع عليها دون أن يستبرئها^(٢) بحيضة، فالحيلة في ذلك أن يعتقها، ثم يتزوجها من فور، حيث إنه باعتاقه لها انتقلت من الرق إلى الحرية، فليس عليها استبراء الأمة، وليست مطلقة فلا يجب عليها عدة الحرة! والاستبراء حكم شرعي في حق الجارية مثل حكم العدة للحرة، لكنه مقدر بحيضة واحدة، وهذه الحيلة يقول بها بعض من أجاز الحيل^(٣). وقد سئل الإمام أحمد ابن حنبل رحمته الله عن الرجل يشتري جارية ثم يعتقها من يومه ويتزوجها أيطؤها من يومه، قال: كيف يطؤها من يومه هذا وقد وطئها ذلك بالأمس؟! هذا من طريق الحيلة! وغضب وقال: هذا أخبث قول^(٤). فالشارع أمر بالاستبراء للأمة حفظا للأنسب والنسل، وهو

(١) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٥٢.

(٢) الاستبراء: استفعال من برأ، ومعناه: قصد علم براءة رحمها من الحمل. انظر: البعلي، المطلع،

مصدر سابق، ص ٣٤٩.

(٣) انظر: السمرقندي، جنة الأحكام وجنة الخصام، مصدر سابق، ص ٥٨.

(٤) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٦٩.

مقصد شرعي عظيم، وهذه الحيلة تلغي هذا المقصد تماما، لمصلحة أن هذا الشخص يريد أن يواقع تلك المرأة من حينه؟! ومآل هذه الحيلة اختلاط الأنساب، فالفتي بهذه الحيلة لم ينظر لهذا المآل ولا لمعارضة الحيلة الصريحة لمقاصد الشارع في حفظ الأنساب، فمن تحيل للتخلص من العدة والاستبراء إنما نظر إلى صور التصرفات الجائزة التي بواسطتها ألغى الحكم الشرعي للاستبراء.

المطلب الثالث

حكم الحيل التي تفوت مقصداً شرعياً وتعوضه بمقصد مكافئ له

وفيه فروع:

الفرع الأول: المقصود بها وأقوال الفقهاء في حكمها :

أولاً: المقصود بها

هي الحيل التي فيها تفويت لمقصد شرعي، وتنقل المكلف إلى تحقيق مقصد آخر مثله في

المرتبة، أي لا يقل عنه في الأهمية في تشوف الشارع له.

ويظهر الإشكال في هذا النوع من الحيل عند مقارنة المقاصد ببعضها، وهو أمر دقيق.

ثانياً: أقوال الفقهاء في حكم هذا النوع:

هناك قولان في هذا النوع، القول الأول: يرى أن هذا النوع من الحيل جائز، لأنه ينقل

المكلف من تحقيق مقصد شرعي إلى تحقيق مقصد آخر لا يقل عنه في الأهمية، وهو رأي

الطاهر بن عاشور، وسيأتي مفصلاً خلال مناقشة الأمثلة.

والقول الثاني: يذهب إلى إبقاء حكم الحيل على أصله في المنع، وحيث إن هذا النوع من

الحيل إن سلم من معارضة النص الشرعي فإن تعطيل المقاصد الشرعية أو تفويتها بهذه الحيل

لا يمكن قبوله مع عدم التيقن من تحقيقها لمقصد شرعي مكافئ لها في المرتبة؟! خصوصاً وأننا

نفوت بهذه الحيلة مقصداً جزئياً شرعاً لأجل هذه الحالة، ولا نعلم يقيناً بالمفسدة المترتبة على

زوال هذا الحكم، وحيث إن من شروط المصلحة أن تكون متيقنة وليست مظنونة، وأن تكون هذه المصلحة أكبر من المصلحة المفوتة بالحيلة، وكونها مكافئة في هذه الحالة يشكك في تحقق مصلحة شرعية مطلوبة للشارع أكثر من المقاصد والمصالح الفائتة.

وسيتضح قول الفريقين من خلال الأمثلة التطبيقية التالية.

الفرع الثاني: الأمثلة التطبيقية لهذا النوع

وأورد مثالين في هذا القسم:

المثال الأول: الحيل في باب الأيمان التي لا يتعلق بها حق للغير:

لقد ذكرت سابقاً أن الحيل في باب الأيمان من أوسع أبواب الحيل الفقهية، والمراد بها: حيل التخلص من الأيمان التي لا يتعلق بها حق للغير، كمن حلف ألا يدخل الدار، أو لا يلبس الثوب.

ويرى بعض الفقهاء: أن البر في يمين الخالف هو الحكم الشرعي، والمقصد المشتمل عليه البر هو تعظيم اسم الله تعالى الذي جعله شاهداً عليه، فإذا ثقل عليه البر فالتحلل من يمينه بوجه يشبه البر، وبهذا يحصل مقصود الشارع من تعظيم اسم الله تعالى، لذا وجدنا أن الفقهاء يتساهلون في ذلك، وهذا التساهل واقع من فقهاء سائر المذاهب، وقد ذكر بعض الفقهاء أن ما يترتب على الحيلة للخروج من هذه الأيمان لا يعطل مقصداً شرعياً، بل وعد بعض الفقهاء أن مقصد التعظيم لاسم الله قد تم، حيث أتى المستفتي يطلب الحيلة ليمينه وحلفه، وتعليمه الخروج من هذا اليمين خير من تركه، لأنه قد لا يكفر عن يمينه.

ويمكن تلخيص ما يتعلق بتفويت المقاصد في هذه الحيل بما يأتي:

أولاً: هذه الأيمان من حقوق الله تعالى، وهي مبنية على المسامحة وهذا من فضل الله ورحمته على عباده.

ثانياً: هذا القسم من الحيل ليس فيه تفويت لأي مقصد شرعي كبير، كما سبق معنا.

ومن الأمثلة على الحيل في هذا الباب:

- ١- الحيلة لمن حلف لا يلبس الثوب، فالحيلة أن يأخذ شيء من الثوب، ثم يلبسه.
 - ٢- من حلف لا يأكل الطعام، فالحيلة أن يأكل نصفه ويدع الباقي.
 - ٣- من حلف لا يدخل من الدار، فالحيلة أن يدخلها محمولا، أو يفتح بابا آخر للدار.
- وما سبق ذكره اختيار الطاهر بن عاشور رحمته الله (١).

مناقشة كلام الطاهر بن عاشور رحمته الله في هذا النوع:

أرى أن الرأي الأرجح في حيل الأيمان العادية قول المانعين لها، خلافا لما اختاره الطاهر بن عاشور رحمته الله، وهذا للأسباب الآتية:

- ١- القصد من الحيلة أنها مخرج من المأزق، وهنا المخرج الشرعي واضح وظاهر بالنص الشرعي؛ وهو كفارة اليمين، فقد جاء عن النبي صلوات الله عليه أن كفارة اليمين هي المخرج من اليمين متى أراد أن يتخلص منها، لكون الحالف وجد غيرها خيرا منها أو ندم عليها لأي سبب، قال صلوات الله عليه: (إني والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها إلا كفرت عن يميني وأتيت الذي هو خير وكفرت) (٢)، وأمر بذلك الصحابة الكرام، ففي وصية رسول الله صلوات الله عليه لعبدالرحمن بن سمرة رضي الله عنه: (وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها، فأتت الذي هو خير، وكفر عن يمينك) (٣).

وهذا الحديث نص في أن الكفارات مخرج للأيمان، وأن الشارع إنما وضع الكفارة لذلك.

(١) انظر: الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

(٢) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ١١٩٠، كتاب كفارات الأيمان، باب الاستثناء في الأيمان، ح: ٦٧١٨.

(٣) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ١١٩٦، كتاب كفارات الأيمان، باب الكفارة قبل الحنث وبعده، ح: ٦٧٢٢.

٢- هناك فرق كبير بين هذه الأيوان وأيوان الطلاق، فإن أيوان الطلاق لا خلاص منها بالكفارات، فكانت الحيلة مستساغة للخلاص منها، وسنفضل في حكمها لاحقاً في القسم الثالث، أما هنا فالمخرج موجود بالكفارات الشرعية وهي مقدرة من الشارع، وبهذه الكفارة المقدرة يمحي إثم الحنث باليمين^(١)، فأين هذا المعنى من البحث عن حيلة للتخلص من الحنث؟

٣- إن القول بسد باب الحيلة من هذا النوع أولى مطلقاً، للمصلحة الثابتة في سد باب الحيل التي سبق وبيننا مآلاتها السيئة على الناس.

المثال الثاني: الحيلة للتهرب من الزكاة بتغيير النصاب إلى نصاب آخر:

وهذا مثاله التحيل بالتجارة بالمال الذي يبلغ نصاباً قبل حلول الزكاة، أي بتحويل رأس المال من نقد إلى عروض التجارة، فهو حقيقة نقل المصلحة التي قصدها الشارع من مساعدة الفقراء إلى مقصد شرعي آخر متعلق بالمال هو الزواج الذي يؤدي تحقيقه إلى دوران رأس المال، ويحقق ذلك مصالح توفير فرص العمل والكسب والربح لعدة أطراف جراء تحرك هذا المال في التجارة، ومنهم الفقراء والمساكين في الغالب^(٢).

لكن بالنظر في هذه الحيلة نجد أن المصلحة المدعاة لا ترقى لعظم المقاصد المتعلقة بالزكاة، والتي تفوتها هذه الحيلة ولا شك، ولن أتناول معارضة هذه الحيلة للنصوص التي جاءت في أمر الزكاة ودفعها لمستحقيها، ولكن سأعرض هذه الحيلة على المقاصد الشرعية للزكاة:

(١) انظر: د. صالح بن حميد، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، دار الاستقامة، الطبعة الثانية،

١٤١٢هـ، ص ١٣٣.

(٢) انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

١- مقصد إعانة الفقراء يرتبط به مقصد حفظ النفس من هذه الجهة، فإن الزكاة إعانة للفقراء وسد لباب الحسد وما قد يترتب عليه من سرقات أو اقتتال، وهذه الحيلة لا تعوض هذا المقصد.

٢- هذه الحيلة تعطل مقصداً آخر هو: تزكية النفس وتخليصها من الشح، وهذه الحيلة بالعكس تنمي روح الشح لدى فاعلها، وإن تجوز هذه الحيلة سيجره لمزيد من الجشع والشح.

٣- إنه لو قام كل من لديه أموال زكوية بحيلة تحريكها في الأسواق ليتخلص من زكاتها، وكانت هذه الأموال ضخمة، فإنه سيظهر أثرها في تعطيل شعيرة الزكاة على الفقراء، وعليه أرى أن هذه الحيلة لا تجوز لتعطيلها للمقاصد الشرعية التي فرضت الزكاة لأجلها.

الفرع الثالث: الرأي الراجح في حكم هذا النوع:

بالنظر في المثالين السابقين، يظهر ما يأتي:

١- راعى الطاهر بن عاشور المقاصد الشرعية في موضوع الأيمان وقارن بينها، لكن مع وجود المخرج الشرعي الصريح الذي وضعه الشارع في موضوع الأيمان؛ فالأصوب أنه لا اعتبار لأي مخرج آخر هنا، ومعلوم أن المقصود بالحيل كونها مخرج من الضيق، وقد ذكرنا أن المعيار الأول للنظر في الحيل يتضمن عدم معارضتها للنص، وهنا النص أتى بمخرج شرعي للأيمان، فلا يعارض المخرج المنصوص عليه بمخرج مبني على الحيلة.

٢- مقارنة المقاصد والمصالح المتحققة والمفوتة في مسألة التحيل على الزكاة بتدوير رأس المال في التجارة، وظهور عدم تكافؤ المقاصد المحققة لتلك التي فاتت.

وحيث ظهر من الأمثلة السابقة ما يأتي:

١- ادعاء تحقق المكافأة بين المقاصد المفوتة والمحققة لا يمكن إثباته بسهولة، وإن الأمر متعلق بنظرة الفقيه وموازنته بين مراتب المصلحة، وفي هذه الحالة لا يمكن الجزم بالتكافؤ.

٢- الانتقال غالبا فيه تحقيق لهوى في النفس، والهوى والمصلحة الشرعية قلما يتفقدان، فبقاء الحكم الأصلي على حاله بمنع الحيل الفقهية هو الأصل وهو الأسلم.

٣- إن الاحتمالات السابقة تقوي في النفس إمكانية تفويت مصالح شرعية متيقنة، لأن المقاصد من الحكم الأصلي متيقنة، والمصالح والمقاصد التي يراد الانتقال لها: مدعاة أو وهمية، وقد لا تقع.

فعلى ما سبق: أرى أن الأرجح منع الحيل الفقهية التي تقع في هذا القسم، وإبقاء الحكم الأصلي للحيل الفقهية وهو المنع .

المطلب الرابع

حكم الحيل التي تحقق مقاصد شرعية أكبر من التي تفوت

وفيه فروع:

الفرع الأول: المراد بها وحكمها وضوابطها:

أولاً: المراد بها :

هي الحيل التي تحقق مقصدا شرعيا كبيرا مع تفويتها لمقصد أقل أهمية، فهي تنقل المكلف لتحقيق المقصد الشرعي الأكبر، وبهذا يتحقق المعيار الثالث لجواز الحيل الفقهية. ويمكن تحديدها بما يأتي: «قصد تغيير الحكم الشرعي لتحقيق مقصد شرعي أهم من الفئات بواسطة مباحة». وللتمييز بين هذه الحيلة وغيرها، ولكون جوازها واعتبارها راجع للمقاصد الشرعية فإني ساصطليح على تسميتها: "الحيل المعتبرة مقاصديا"، وبوصفها بالحيلة المعتبرة مقاصديا نكون أقررنا بتحقيق معايير جواز الحيلة الثلاثة فيها.

هذا القسم من أضيق وأدق أقسام الحيل:

وهذا القسم عند التحقيق من أضيق أقسام الحيل الفقهية، ولا يدخل فيه إلا القليل من

الحيل ؛ لأنه في الحقيقة استثناء من المنع الأصلي لمبدأ التحيل لتغيير الأحكام الشرعية.

وهذا القسم أيضا من أدق أقسام الحيل، لصعوبة الترجيح بين المقاصد المحققة والمفوتة، لأن هذا يستلزم إدراكا لجميع المقاصد بأنواعها العامة و الخاصة لكلا الحكمين؛ أي: مقاصد الحكم الأصلي ومقاصد الحكم الذي سينتقل إليه المكلف، لأننا ندعي بهذه الحيلة أننا ننقل المكلف لتحقيق المقصد الشرعي الأكبر، لذا يقول الشاطبي عن هذا القسم: إنه «محل الإشكال والغموض، وفيه اضطربت أنظار النظار»^(١).

ثانيا: حكم هذا النوع:

إن القول بجواز هذا النوع من الحيل له قوة ووجاهة، وذلك لكون الحيلة تنقل المكلف لتحقيق مقصد آخر أكبر وأولى من المقصد الأصلي، ولأن المقاصد التي تفوت ليست من المقاصد الكبرى، والمقاصد المحققة منها ظاهرة، لا يشك في أهميتها وإمكانية تحققها وتحصيلها بهذه الحيلة، والفرق بينها والمقاصد المفوتة واضح، بخلاف القسم السابق الذي منعناه لصعوبة إثبات التكافؤ في المقاصد ابتداء ناهيك عن إثبات أهمية ما يتحقق في مقابل ما يفوت.

ولا يخفى على أي أحد وجه الفرق بين هذه الحيل والحيل التي تعطل المقصد الشرعي. والقول بجواز هذا النوع من الحيل الفقهية هو الذي مال إليه ابن القيم رحمته الله كما يظهر في اختياراته في أحكام الحيل التي من هذا النوع^(٢)، وهو ما يفهم من كلام الشاطبي رحمته الله^(٣)، وقد اختاره كذلك الطاهر بن عاشور^(٤).

(١) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢ / ص ٣٨٨.

(٢) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٤ / ص ٦٠ و ١٤٠.

(٣) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢ / ص ٣٨٧.

(٤) انظر: الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

لذا فإنني أميل إلى أنه يسع المفتي أن يفتي بالحيل من هذا القسم، فهي مخارج وقت الضيق، لكن بالضوابط والمعايير التي سبق ذكرها، وهذه الضوابط تضيق للغاية من مساحة هذا النوع من الحيل، وتجعلها في زاوية الاستثناء.

ثالثاً: معضدات القول بجواز هذا النوع من الحيل :

لتعزيد هذا القول قمت بدراسة هذين الموضوعين:

الأول: الحيل في أيمان الطلاق.

والثاني: مقاصد الشريعة في الستر والتجاوز عن المخطيء.

وبهما يتضح توافق القول الذي رجحته مع مقاصد الشريعة.

(١) دراسة للحيل المتعلقة بأيمان الطلاق:

المراد بأيمان الطلاق: الأيمان التي يعلق فيها الرجل طلاق امرأته على فعل شيء أو تركه، كقوله: أنت طالق إن خرجت من البيت، أو امرأتي طالق إن كلمت فلانا^(١).

ومسألة أيمان الطلاق من مفاتيح فهم هذا القسم من الحيل، لذا سأجعل دراسة هذه المسألة مفتاحاً لدراسة هذا القسم والحكم عليه. ولا شك أن موضوع الطلاق مخالف لمقاصد الشريعة في النسل، لكنها أبحاثه للضرورة، فلا يوجد مقصد شرعي ابتداء من إيقاع الطلاق بهذه الأيمان، ولم يأمر الشرع بهذه الأيمان ولم يندب إليها، ولو تأملنا في الحيل المتعلقة بأيمان الطلاق، نجد ما يأتي:

(أ) هذه الأيمان مبنية على حق الله تعالى، وحق الله مبني على المسامحة، وهذا من فضل

الله على عباده.

(ب) في التحيل للتخلص منها تحقيق لمصلحة ومقصد أكبر، فإن الطلاق غير مقصود

فما بالك بالطلاق بالثلاث، الذي تبين به الزوجة، فهو يناقض مقاصد الشرع في الحفاظ

(١) انظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج ٣٥ / ص ٢٥٨ وما بعدها.

على رباط الزواج، وهو من المقاصد الشرعية الضرورية، المتعلقة بحفظ النسل، لذا فإن الحيلة في التخلص من هذا الحلف يحقق مصلحة لا تخفى.

(ج) لا يوجد فيها تفويت لأي مقصد شرعي عظيم، فلو عرضناها على معيار تفويت

المقصد الشرعي نجدها لا تفوت المقصد الشرعي بل تحقق مقصدا ضروريا مطلوباً.

فإنك تجد أن الحيلة الفقهية نقلت المكلف من حال ضيق إلى حال أفضل، مع تحقيق مقاصد ومصالح شرعية أعظم، بدون تعد على حقوق أحد أو تجاوز لنصوص شرعية ومصادمتها، فهي أقرب إلى المخارج الشرعية منها إلى التحيل المذموم.

٢) مقاصد الشريعة في الستر والتجاوز عن المخطيء:

ومما يعضد هذا الترجيح أنك تجد تطبيقات هذه الحيلة ماثلة في عموم الشريعة، ومن ذلك مقاصد الشريعة في الستر والتجاوز عن المخطيء، وهي محققة لمعنى المخرج الشرعي أو التحيل الجائز لتحقيق المقصد الضروري أو الأهم، ومن أمثلة ذلك:

(أ) ماورد في قصة النبي ﷺ مع الرجل الذي جاءه واعترف بالزنا وهو محصن، فنجد أن النبي ﷺ كان يعرض عنه، ويلقنه حجة تخلصه مما أقر به، فكان ﷺ يقول له: (لعلك قبلت، لعلك لامست)، وكان يعرض عنه مرار وهو يقر له بالزنا، وسأل عنه قومه: (أبه جنون؟) وسأل عنه: (هل هو سكران؟) ^(١). كل هذا منه ﷺ ليخلصه من الحد، وهذا منه ﷺ مخرج للرجل حتى لا يقع عليه الحد الذي فيه قتل للنفس، فقدم النبي ﷺ حفظ النفس كمقصد شرعي على إيقاع حد الزنا على المحصن، وهو الرجم،

(١) رواه البخاري ومسلم؛ انظر: صحيح البخاري، مصدر سابق، ص ١٢١٢، كتاب الحدود، باب: سؤال الإمام المقر: هل أحصن؟، ح: ٦٨٢؛ صحيح مسلم، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٣٢٠، كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا، ح: ١٦٩٤.

لكون حفظ النفس أعلى مرتبة من مقصد إيقاع الحد، حتى أن النبي ﷺ قال للصحابي الذي أشار على ماعز بأن يقر للنبي ﷺ بالزنا: (لو سترته بثوبك كان خيرا لك).

أما ما كان من حق الله عز وجل في إيقاع الحد، فإن الرجل جاء تائبا، والله عز وجل يقبل التوبة عن عباده، وجاء في روايات أن النبي ﷺ أمر بعض من جاءه وأقر بمثل ذلك بالاستغفار وأعرض عنه، فغاية القصد من حد الزنا الزجر عنها، وهذا الرجل ازدجر وتاب وجاء يريد التطهر فرضي الله عنه وأرضاه. ومما يؤكد هذا أنه لما رجم الرجل وأصابته الحجارة قام وهرب فلحقه بعض الصحابة ورجموه حتى مات، فلما أخبروا رسول الله ﷺ عاتبهم في ذلك رسول الله ﷺ، وقال لهم: (فهلأ تركتموه؟!)(١).

(ب) ومثال آخر في مراعاة النبي ﷺ لحفظ المقاصد الأهم، وطلب المخرج لتخليص الرجل مما وقع به، لما جاءه رجل وأقر بالسرقه، ولم يوجد معه متاع، فقال له النبي ﷺ: (ما أخالك سرقته؟) قال: بلى. فأعاد عليه مرتين أو ثلاثا(٢). يريد بذلك أن يدفع عنه حد القطع.

(ج) ومن هذا الباب أيضا نجد تشدد الشارع وتضييقه في قبول الشهادة على الزنا، فجعل من شروط إيقاع الحد على الزنا أن يشهد أربعة شهود عدول أنهم رأوه في نفس المكان ونفس الوقت، وهذه الشروط تجعل الشهادة على الزاني أمرا فيه مخاطرة من قبل الشاهد، ومقصد الشارع من هذا مراعاة جانب حفظ النفس المعصومة من القتل حدا بمعصية، والتحيّل لإيجاد مخرج لتخليص المذنب من الورطة التي وقع بها، أما ما بينه وبين الله وهو الأهم؛ فباب التوبة مفتوح.

(١) رواه أبو داود وابن ماجه، انظر:

سنن أبي داود، مصدر سابق، ج ٤/ ص ١٤٥، كتاب الحدود، باب: رجم ماعز بن مالك، ح: ٤٤١٩.

وسنن ابن ماجه، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٨٥٤، كتاب الحدود، باب الرجم، ح: ٢٥٥٤.

(٢) رواه أبو داود، مصدر سابق، ج ٤/ ص ١٣٤، كتاب الحدود، باب: في التلقين في الحد، ح: ٤٣٨٠.

فكل ماسبق معضدات تقوي القول بجواز الحيلة من هذا القسم.

رابعاً: ضوابط صحة الحيل المعتبرة مقاصدياً:

قبل ذكر الضوابط ينبغي التنبيه إلى وجوب أن يتحقق فيها معياراً جواز الحيلة الأول والثاني السابق ذكرهما، ثم تحقق المعيار الثالث: وجود وتحقق المصلحة المتيقن علو مرتبتها عن المصلحة المفوتة، وبذلك نكون استكملنا المعيار الثالث لجواز هذه الحيلة .

وأما إن شككنا في علو مرتبة المصلحة المحققة عن مرتبة المصلحة المفوتة فإن هذه الحيلة تلحق بالقسم السابق، وهو ما تكافأ فيه المصلحة المفوتة مع الأصلية، وقد بينت حكمه سابقاً، ويضاف إلى ذلك هذه الضوابط :

١- أن تستخدم بقدر الحاجة، بدون التوسع فيها.

٢- من هذه القضايا ما ينبغي أن يكون اجتهادياً جماعياً، كحال المجامع الفقهية الموجودة في عصرنا، أو هيئات الإفتاء الشرعية المعتبرة لدى أهل العلم، إذ قد يقصر الاجتهاد الفردي أحياناً عن التمييز بين المقاصد في الرتبة والأهمية، مما قد يؤدي إلى إجازة حيل تناقض مقصود الشارع.

٣- من الحكمة والفقهاء أن لا يبدأ الفقيه بتعليم هذه الحيل ونشرها بين العوام حتى لا يتساهلوا بها، كمسائل الحلف بأيمان الطلاق، إبقاء لحرمتها في النفوس، فهي مخارج عند الحاجة.

الفرع الثاني: الأمثلة التطبيقية للحيل المعتبرة مقاصدياً:

أولاً: الحيل المتعلقة بأيمان الطلاق:

١- مسألة من حلف أن يجامع زوجته في رمضان، فالحيلة له أن يسافر بها في سفره، ثم يجامعها. وقد ذكر هذه الحيلة المجيزون للحيل، وجعلوها مخرجاً لمن ضيق على نفسه بمثل هذا الحلف، وهذه الحيلة ينكرها المانعون من الحيلة، ولا يرون جوازها، ونص على المنع منها الإمام أحمد رحمته الله تعالى، لكن ذهب إلى جواز هذه الحيلة بعض الحنابلة

ومنهم ابن القيم رحمه الله، وعللوا ذلك بالمصلحة وعدم المفسدة، بل عبر بعض فقهاء الحنابلة عن جواز ذلك من باب الأولى، وذلك أنهم يميزون للمسافر سلوك الطريق الأبعد ليترخص برخص السفر كالقصر والفطر، ولا قصد له من هذا الطريق الطويل إلا الترخص، فهنا أولى بالجواز^(١).

ولو وزنا هذه الحيلة بمعيار المقاصد الشرعية، لوجدنا أنها تحقق مقصدا ضروريا، متعلق بالحفاظ على بيت الزوجية، الذي هو تابع ومكمل لمقصد الحفاظ على النسل، الذي لا يتم ولا يستقيم إلا بحفظ بيت الزوجية، وفي المقابل لا يفوت أي مقصد شرعي كبير من هذا السفر بقصد الترخص، لذا ذكر بعض فقهاء الحنابلة: أنهم يميزون السفر بالطريق الأبعد لمن لا قصد له ولا مصلحة إلا التمتع برخص السفر، فهذا من باب أولى.

٢- مسألة من حلف بالطلاق ثلاثا لو فعل أمراً ما، ثم كان لا بد له من فعله، فالحيلة له أن يطلق زوجته طليقة واحدة، ثم تعتد منه، وبعد انقضاء العدة، يفعل هذا الأمر، ثم يراجعها، لأنه يكون فعل الفعل وهي ليست على ذمته^(٢). فهنا تخلص من الحنث بهذه الحيلة التي لا تتنافى مع المقاصد الشرعية، وحافظ على إمكانية استئناف زواجه منها، بأن يعقد عليها مرة أخرى^(٣).

٣- ومثل ذلك؛ حيلة للتخلص بالخلع من يمين الطلاق بالثلاث.

فقد أفتى المجيزون للحيل أنه يجوز له أن يخالع زوجته حيلة للتخلص من الحلف، ثم يفعل الشيء الذي حلف أن لا يفعله بعد عدتها، لأنها لا تكون زوجته آنذاك، ثم يعقد

(١) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٤ / ص ٦٢.

(٢) انظر: الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ١١٣.

(٣) هذه الحيلة أنكرها ابن القيم في موضع وأقرها في موضع آخر بعد الأول، وعلل ذلك بأنها أقل ضررا من فساد التحليل بغيرها. انظر: إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣ / ص ٣٥٤، وقارن مع ما جاء في: ج ٤ / ص ١٤٠.

عليها من جديد^(١). فهذه الحيلة للتخلص من يمين الطلاق بالثلاث يجرمها المانعون للحيل، ولا يصح عندهم، أي لا يقع الخلع، وإن فعل ما حلف عليه وقع الطلاق^(٢). وقد أجاز ابن القيم هذه الحيلة في نهاية بحثه عن موضوع الحيل في إعلام الموقعين^(٣). ففي المسألتين السابقتين يظهر جليا موافقة الحيلة لمقصد الشارع في مراعاة مصلحة الحفاظ على هذا البيت المسلم، وهذا من ضمن الحفاظ على النسل وهو من الضروريات. وفي المقابل لم يكن المقصد المفوت يوازي هذا المقصد، وقد وقع التأديب والردع والزجر لهذا الحالف بأن فارق زوجته مدة العدة وعاد وأنشأ عقد نكاح جديد، وهذا بلا شك رادع له عن مثل هذا الحلف مستقبلا.

ثانيا: مسألة من تزوج امرأة بنية تحليلها لزوجها الأول دون مواطأة أو

شرط:

وهذه من أشهر مسائل الحيل، وهذا المثال المشروط بعدم وجود التواطؤ مما يدخل في هذا القسم، فإن التحليل الذي يوصف صاحبه بأنه التيسر المستعار ويستحق اللعن هو ما كان النكاح منتفيا لأصل مقصده ابتداء، وهذا باشرط التحليل في العقد أو بالمواطأة عليه قبل العقد، وسواء كان هذا بالاتفاق مع الزوج الأول، أو مع الزوجة^(٤). ولقد ذهب إلى التشديد في منع هذه الحيلة عند التصريح بنية التحليل المجيزون للحيلة من الأحناف، كأبي يوسف ومحمد بن الحسن، واتفقا على أنها لا تحل للأول بهذا النكاح^(٥).

(١) انظر: السمرقندي، جنة الأحكام وجنة الخصام، مصدر سابق، ص ٢٣٠.

(٢) انظر: البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج ٥/ ص ٢٣١.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٤/ ص ١٤٠.

(٤) انظر: محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٥) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٤٠٥.

أما إن رأى رجل أنه يتزوج تلك المرأة المتوتة ثم يطلقها ليمكن زوجها من مراجعتها، لما يرى من مصلحة في عودتها إلى زوجها ولم شمل الأسرة مرة أخرى، بدون شرط ولا اتفاق أو توافق؛ فإن مفهوم التحليل لا يقع عليه عند فريق من أهل العلم، وهذا لاعتبارات منها: أنه قد يغير نيته لو وجد ارتياحا وانبساطا مع هذه المرأة، فيستمر في زواجه فلا يوجد ما يلزمه بالطلاق ابتداء، ومثله مثل من تزوج وقد أضمر نية الطلاق، ثم عدل عن نيته. وزاوية النظر الأهم التي اعتمدها من حلل مثل هذا النكاح؛ أن المصلحة المترتبة على إعادة شمل هذه الأسرة بهذا التحليل خادمة للمقاصد الشرعية من الترغيب في المراجعة، وتحقيق مصلحة راجحة بلا شك^(١)، وهذه الحيلة لا تبطل أو تفوت شيئا من المقاصد الشرعية، ولا يوجد مضادة للنصوص الشرعية، إذ لا يوجد شرط بالتحليل أو التوافق عليه، ونية هذا المحلل قد تتغير كما أسلفنا.

وقد نقل هذا الرأي عن بعض الأئمة من فقهاء السلف، وذهب بعضهم إلى أنه بنيته هذه يكون مأجورا^(٢)، وقد نقل ابن تيمية هذا القول عن مجموعة من السلف، هم: القاسم بن محمد، وسالم مولى ابن عمر، ويحيى بن سعيد وربيعة الرأي رحمهم الله؛ أنه يكون مأجورا بنيته هذه، بشرط أن لا يعلم أحد الزوجين بنيته^(٣).

ويرى المجيزون أن النصوص التي تناولت لعن المحلل مخصوصة في حالة اشتراط التحليل في العقد، أو أخذ الزوج الثاني عوضا أو أجرا على ذلك أو أن يمتن الرجل التحليل ويعرف به^(٤). لذا اعتبر الشافعي أن نكاح التحليل الملعون صاحبه من جنس

(١) انظر: الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص ٢٥٦.

(٢) انظر: البوطي، ضوابط المصلحة، مرجع سابق، ص ٣١٨.

(٣) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٠٦.

(٤) انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤١٥.

نكاح المتعة، كأن يقول: أنكحك حتى أصيبك فتحلين لزوجك، فقد وقت النكاح لحين يصيبها فينتهي نكاحه بها^(١). ويقوي ذلك ما أورده الشافعي في قصة المرأة التي طلقها زوجها ثلاثاً، فأتت امرأة إلى رجل من الأعراب مسكين، فسألته إن كان يرغب في نكاح امرأة على أن يطلقها بعد الدخول بها، فوافق، وجاء في رواية: أنه لما دخل بالمرأة أعجبت به، فقالت له زوجته: سيقولون لك فارقها، فلا تفعل، فإني مقيمة لك ما ترى، واذهب إلى عمر، فلما أصبحوا أتاه الناس يطلبون منه طلاقها، فلما كلموه: أبى أن يطلقها، وذهب إلى عمر: فقال له عمر رضي الله عنه: (الزم امرأتك، فإن رابوك في ريب فاتتني)، وأرسل عمر إلى المرأة التي مشت بذلك إلى الأعرابي فنكل بها، قال الشافعي: «وقد سمعت هذا الحديث مسنداً متصلاً عن ابن سيرين يوصله عن عمر بمثل هذا المعنى»^(٢). ومما استفاد من هذا الأثر أن عمر صحح نكاح الرجل، ولم يأمره بتجديد العقد.

قال الشافعي: «وإن قدم رجل بلداً وأحب أن ينكح امرأة ونيته ونيتها أن لا يمسكها إلا مقامه بالبلد، أو يوماً أو اثنين أو ثلاثة كانت على هذا نيته دون نيتها أو نيتها دون نيته أو نيتها معاً ونية الولي، غير إنما عقد النكاح مطلق لا شرط فيه، فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح شيئاً؛ لأن النية حديث نفس، وقد وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم، وقد ينوي الشيء ولا يفعله وينويه ويفعله»^(٣).

وذهب إلى جواز مثل هذا النكاح - أي بنية الطلاق - بعض الحنابلة^(٤).

(١) انظر: الإمام الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج ٦/ ص ٢٠٤.

(٢) رواه الشافعي في الأم بسنده، مصدر سابق، ج ٦/ ص ٢٠٨.

(٣) الإمام الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج ٦/ ص ٢٠٦.

(٤) انظر: ابن تيمية، الفتاوى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٠٤.

قال الشاطبي رحمته الله في بيان المصلحة في مثل هذا التحليل، ومقويا لهذا التوجه المقاصدي في الاجتهاد في موضوع الحيل: «وكذلك إذا اعتبرت جهة المصلحة، فمصلحة هذا النكاح ظاهرة؛ لأنه قد قصد فيه الإصلاح بين الزوجين، إذ كان تسببا في التآلف بينهما على وجه صحيح»^(١).

وقد ذهب ابن تيمية رحمته الله إلى منع هذا التحليل، حتى لو قام به بدون مواطاة أو اشتراط، وحتى لو لم يعلم الزوجين بنيته، لعموم ما جاء في تحريم نكاح التحليل، وذكر نقولا كثيرة عن جمع من السلف في منع ذلك^(٢).

خلاصة ماسبق:

يظهر مما سبق وجود الخلاف في هذه المسألة عند السلف، وأنه نقل جواز هذه الحيلة عن جماعة من كبار فقهاء التابعين وتابعي التابعين، واختيارهم لتحقيق المصلحة الأكبر وتوافق ذلك مع القصد الشرعي، وأن ما يفوت من مقاصد لا يقارن بما يتحقق. وهذا ما يراد إثباته هنا؛ أن الحيل الفقهية التي يقصد بها مراعاة المقاصد الأهم بتفويت المقاصد الأقل أهمية له أصل لدى الفقهاء منذ عهد التابعين، أي كان مساهما.

خلاصة الترجيح في حكم الحيلة بأنواعها الثلاثة

ومما سبق بيانه في علاقة كل نوع من الحيل بالمقاصد الشرعية يترجح لدي في حكم الحيلة ما يأتي:

- أولا: حرمة الحيل التي تفوت مقصدا شرعيا كبيرا، لما سبق بيانه.
- ثانيا: منع الحيل التي تفوت مقصدا، وتعوض بمقصد آخر مكافئ له، لما سبق.
- ثالثا: جواز الحيل التي تحقق مقصدا كبيرا للشارع، وتفوت مقصدا أقل منه، وهذا لا اعتبار مراتب المقاصد الشرعية، وجلب المصالح المحققة من الحيلة.

(١) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٨٩.

(٢) المصدر نفسه، ج ٣/ ص ١٠١.

المطلب الخامس

علاقة الحيل بالاستحسان الأصولي

لقد سبق تحديد الحيل المعتبرة مقاصدياً، وأن المراد بها: قصد تغيير الحكم الشرعي لتحقيق مقصد شرعي أهم من الفائد بواسطة مباحة. وهو القسم الذي استثني من منع الحيل الفقهية في الجملة، باعتبار أن المقاصد الشرعية المتحققة أعظم مما يفوت من مقاصد. وهذا المعنى يدعونا للمقارنة بين هذا النوع والاستحسان الذي يتناوله الأصوليون كدليل شرعي، ودافع المقارنة بيان الارتباط أو التشابه بين الحيلة المعتبرة مقاصدياً والاستحسان الأصولي تقوية لحكم الجواز الذي رجحته سابقاً في حكمها، لأننا إذا أثبتنا وجه الشبه بينهما فينبى عليه أن من يقول بجواز الاستحسان الأصولي يلزمه القول بجواز الحيل المعتبرة مقاصدياً.

الضرع الأول: المراد بالاستحسان لدى الأصوليين وأقسامه :

أولاً: تعريفه:

وعرفه الكرخي^(١) من الحنفية بأنه: «قطع المسألة عن نظائرها لما هو أقوى»^(٢).

وينقل عنه التعريف بعبارة أخرى: «العدول بالمسألة عن حكم نظائرها، إلى حكم آخر

لوجه أقوى يقتضي هذا العدول».

ويعد تعريف الكرخي من أفضل ما عرف به الاستحسان^(٣). وعرف الاستحسان أيضاً:

العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه، أو هو: تخصيص قياس بدليل أقوى منه.

(١) الكرخي؛ أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال البغدادي الكرخي، شيخ الحنفية، انتهت إليه

رئاسة المذهب، وانتشر تلامذته في البلاد، كان من العلماء العباد الزهاد، وكان رأساً في الاعتزال،

توفي ٣٤٠ هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج ١٥ / ص ٤٢٦.

(٢) انظر: د. حسين الجبوري، الأقوال الأصولية للإمام أبي الحسن الكرخي، د.ن، الطبعة الأولى،

١٤٠٩ م، ص ١١٢.

(٣) انظر: د مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار الإمام البخاري،

دمشق، د.ط، د.ت، ص ١٢٢.

وذكر الشافعية أن الاستحسان الممنوع عندهم هو: «الحكم بما يستحسن من غير دليل»^(١).

وعرفه الغزالي بأنه: «ما يستحسنه المجتهد بعقله»^(٢).

وعرفه الشاطبي: «الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي»^(٣).

ويتلخص تعريف الاستحسان في أمرين:

١- ترجيح قياس خفي على قياس جلي بناء على دليل.

٢- استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة بناء على دليل خاص يقتضي

ذلك^(٤).

ثانياً: أقسام الاستحسان:

تظهر أهمية ذكر أقسام الاستحسان عند مقارنة أفراد هذه الأقسام بالحيلة الفقهية، حيث سنقارن بين أنواع الاستحسان المختلفة والحيلة المعتبرة مقاصدياً، حيث ينقسم الاستحسان تبعاً للدليل الذي يثبت به، ويقع الشبه مع الحيل الفقهية في القسمين الأخيرين منها، وأقسام الاستحسان ما يأتي:

(١) انظر: الشيرازي؛ أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشافعي (ت ٤٧٦هـ)، اللمع في أصول

الفقه، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٨٥م، ص ١٢٢.

(٢) الغزالي؛ محمد بن محمد أبي حامد (ت ٥٠٥هـ) المستصفى في علم الأصول، دارالكتب العلمية،

بيروت، ٢٠٠٠م، ص ١٧١.

(٣) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٢٠٦.

(٤) انظر: د هبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، د.م، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م،

ج ٢/ ص ٧٣٩.

١) الاستحسان بالنص من القرآن أو السنة:

ومثالها: في القرآن الوصية، فالقياس يقتضي منع الوصية لأنها تملك مضاف إلى زمن انتهت فيه ملكية الموصي، أي ما بعد الموت، لكنها استثنيت من القاعدة العامة للنص القرآني: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةً يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينَ﴾^(١). أما مثالها من السنة فجواز بيع العرايا^(٢)، مع أن القياس منعه للنهي عن بيع الرطب باليابس، لكن أجاز للنص الوارد في الترخيص فيها، وهذا النوع من الاستحسان لا خلاف فيه.

٢) الاستحسان من الإجماع:

وهو أن يفتي المجتهدون في مسألة على خلاف الأصل في أمثالها، كالإجماع على جواز عقد الاستصناع، مع أن القياس بطلانه لأن أحد العوضين في العقد معدوم، وهذا النوع أيضا لا خلاف فيه.

٣) الاستحسان بالعادة والعرف:

مثل: إجارة الحمام بأجرة محددة دون تحديد لمقدار الماء المستخدم، فإن القياس يقتضي منعه للجهالة، ولكن أجاز استحسانا اعتمادا على الأعراف السائدة بين الناس في الاستخدام للحمام.

٤) الاستحسان بالقياس الخفي:

ويتحقق هذا الاستحسان في كل صورة يتحقق فيها قياسان: أحدهما جلي لظهور العلة فيه، والآخر خفي لخباء العلة فيه.

(١) سورة النساء، الآية [١٢].

(٢) بيع العرايا: بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر كيلا. انظر: ابن الأثير؛ مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري (ت ٦٠٦هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر الزاوي ومحمود الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، ج ٣/ ص ٢٢٥؛ البعلي، المطلع، مصدر سابق، ص ٢٤١.

٥) الاستحسان بالضرورة:

مثل الضرورة في تطهير الآبار بالأخذ منها، فالقياس منعها لبقاء النجاسة، لكن للضرورة حكموا بطهارتها بنزح مقدار من الماء استحسانا للضرورة رفعا للحرَج.

٦) الاستحسان بالمصلحة:

ومثاله تضمين الصناع، فإن القياس عدم التضمين، لأنهم بعقد الإجارة يدهم يد أمانة، فلا يضمنون إلا بالتعدي والتفريط، ولكن الاستحسان بالمصلحة اقتضى أن يضمنوا منعا للتهاون في أملاك الآخرين^(١).

والقسمان الخامس والسادس من الاستحسان يظهر فيهما وجه الشبه الكبير بالحيلة المعتبرة مقاصديا، لاعتادهما على تحقيق المصلحة كحال الحيلة المعتبرة مقاصديا.

أهمية الاستحسان:

ويظهر مما سبق أهمية الاستحسان في الحماية من أي انحراف قد يحصل بسبب القياس الحرفي، الذي قد يؤدي إلى خلاف المصالح أو مناقضة المقاصد الشرعية، فالميل عن القياس الجلي تم في حقيقة الأمر مراعاة لمقاصد الشريعة الأهم والأولى في تلك المسألة، وليس بناء على القياس بالرأي المجرد^(٢).

الفرع الثاني: الاعتبار بالاستحسان كدليل شرعي؛

لقد اعتد بدليل الاستحسان الحنفية والمالكية والحنابلة.

حتى نقل عن الإمام مالك رحمته الله قوله: «تسعة أعشار العلم الاستحسان»^(٣).

(١) انظر: د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٢/ ص ٧٤١ و٧٤٦؛ د.

مصطفى البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٤٠ و١٥٠.

(٢) انظر: د احمد الريسوني، محاضرات في مقاصد الشريعة، دار السلام، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى،

٢٠٠٩ م، ص ١١٩.

(٣) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٢٠٩.

وقد نقل عن الإمام أحمد مسائل استحسَن بها، كاستحسانه التيمم لكل صلاة، والقياس أنه كالماء فلا يجدد^(١).

أما الشافعية فقد اشتهر عنهم إنكار الاستحسان، وقد نقل عن الشافعي رحمته الله قوله: «من استحسَن فقد شرع»^(٢).

ويظهر من التعريفات المتباينة للاستحسان أن الخلاف راجع لتحديد المراد بالاستحسان، وأن الخلاف عند التحرير: لفظي لا حقيقي^(٣)، ومن ذلك أنك تجد أن تعريف الكرخي للاستحسان لقي قبولا حتى لدى الشافعية، لذا قالوا: إن كان الاستحسان على ما قاله الكرخي فنحن نقول به وارتفع الخلاف^(٤)، فالظاهر أن الخلاف لفظي راجع إلى تفسير الاستحسان، فما ذكره الغزالي وغيره من أنه الاستحسان بالعقل بغير دليل فهو الذي أنكره الشافعية، أما ما استقر عليه المراد بالاستحسان بما عرفه به الكرخي فلا يكاد يخالف فيه أحد^(٥).

هل الاستحسان دليل قائم بنفسه؟

ذهب الغزالي وغيره إلى أن الاستحسان لا يعد دليلا قائما بنفسه، وإنما اعتباره قائم بأدلة أخرى، حتى استنكر الغزالي تخصيصه بهذه التسمية لأنه ليس بيدع من الأدلة، بل هو من جملة أدلة أخرى، وأشار إلى هذا المعنى بعد إيراده للمثال على الاستحسان في أجرة دخول

(١) انظر: الكلوذاني؛ محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الحنبلي (ت ٥١٠هـ)، التمهيد في أصول

الفقه، تحقيق: د محمد علي بن إبراهيم، دارالمدني، جدة، السعودية، ج ٤/ ص ٨٧.

(٢) انظر: الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ص ١٧١.

(٣) انظر: د وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٢/ ص ٧٣٩.

(٤) انظر: د. حسين الجبوري، الأقوال الأصولية للإمام أبي الحسن الكرخي، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٥) انظر: د مصطفى البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٢٩.

الحمام بأنه: «ليس هذا أمراً مبدعاً ولكنه منقاس والقياس حجة»^(١).

وذكر الغزالي أن إنكاره فقط على تخصيصه دون سائر الأدلة بهذا المسمى ؛ أي الاستحسان. لذا عنون الغزالي للاستحسان بأنه: من الأصول الموهومة!^(٢).

ويفهم ما يقرب من هذا المعنى من كلام الإمام الشاطبي: أن الاستحسان ليس إلا نظراً على مقتضى الأدلة ولوازمها^(٣). وظاهر أن الاستحسان موضوع من موضوعات المقاصد، وقد عده الشاطبي فرع منها ؛ لأن بناءه على مراعاة المصالح، وكل ما يتعلق بالمصالح لا يختلف في كونه موضوعاً مقاصدياً^(٤).

الفرع الثالث: وجه العلاقة بين الاستحسان والحيل الفقهية:

لقد ذكرت سابقاً أن بعض الفقهاء لا يرون أن هناك شيء يميز في الاستحسان، وأن أكثر ما يبنى عليه الاستحسان موضوع المصالح المرسل^(٥)، وعلى هذا يظهر لنا الارتباط الوثيق لقسم من الاستحسان بالمصالح الشرعية، والمصالح هي الأساس الذي تبنى عليه الحيل المعتمدة مقاصدياً، فالقاسم المشترك بينها هو العلاقة بالمصالح والمقاصد الشرعية، فمن خلال هذه العلاقة المشتركة بالمقاصد يمكن دراسة التقارب والشبه بين الاستحسان والحيل.

أولاً: الارتباط بين الاستحسان والمقاصد الشرعية

الارتباط بين الاستحسان والمقاصد الشرعية يظهر في قسمي الاستحسان التاليين:
الأول: الاستحسان بالمصلحة، فهو في حقيقة الأمر استحسان بناء على المقاصد الشرعية.

(١) انظر: الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ص ١٧٣.

(٢) المصدر نفسه، ص ١٧١.

(٣) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤ / ص ٢٠٩.

(٤) المصدر نفسه، ج ٤ / ص ٢٠٥.

(٥) انظر: د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٢ / ص ٧٤٨.

والثاني: الاستحسان بالضرورة و برفع الحرج، وهو مبني أيضا على المقاصد الشرعية. وقد مر معنا أن أهم قواعد المقاصد الشرعية ؛ قاعدة جلب المصالح و دفع المفساد، وقاعدة التيسير و رفع الحرج مراعاة لحالة الضرورة، والمستحسن في الحقيقة إنما يرجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة ؛ كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمرا إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوات مصلحة من جهة أخرى، أو جلب مفسدة كذلك^(١).

ثانيا: وجه علاقة الاستحسان بالحيل المعتبرة مقاصديا:

ووجه علاقة الاستحسان بالحيل يكون فقط في الحيل المعتبرة مقاصديا، التي قلنا بجوازها لتحقق مقاصد الشريعة فيها، فالحيل من هذا النوع مشابهة للاستحسان بقسميه الاستحسان بالضرورة، والاستحسان بالمصلحة.

فالاستحسان بالضرورة: عدول عن حكم القياس الجلي إلى قياس خفي للضرورة. والاستحسان بالمصلحة: عدول عن قياس جلي لأجل المصلحة، فالحكم الأصلي متوجه مع القياس الجلي، لكن عدل عنه لأجل الضرورة أو المصلحة، إذ كان القياس الخفي أقرب لموارد الشرع ومقاصده^(٢)، فالجامع بين الحيل والاستحسان: المقاصد الشرعية، فمتى كانت الحيلة الفقهية محققة للمقصد الشرعي، فهي مشابهة للاستحسان في ذلك، ومؤدى ومآل الاستحسان نفس مآل ومؤدى الحيل الموافقة للمقصد الشرعي.

فمثلا من حلف بالطلاق أن لا يأكل، أو حلف بالطلاق أن يسافر ماشيا مسافة يهلك بها، كان مثل هذا التحيل الجائر مما تدعو الضرورة إليه، وتجلب به المصلحة، ولأجل هذا

(١) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤ / ص ٢٠٦.

(٢) انظر : أسامة الحموي، نظرية الاستحسان، دار الخير، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م، ص ٣٨ و ٥٣.

المعنى قال السرخسي في تعريف الاستحسان: «الاستحسان ترك القياس، والأخذ بما هو أوفق للناس»^(١). والمراد بما هو أوفق للناس هو حقيقة المقاصد و المصالح الشرعية، فيكون الجامع بين الحيلة والاستحسان الأخذ بما يوافق المقاصد ويحقق المصالح.

فائدة إثبات التشابه بين الاستحسان والحيل:

وفائدة إثبات التشابه بين الاستحسان والحيلة : أن من يميز أنواع الاستحسان السابقة ينبغي أن يميز الحيلة المعتبرة مقاصديا، بجامع تحقيق مقاصد الشارع فيها، وتمائلها في قيامها على موضوع المصالح الشرعية. وحيث مر معنا أن الفقهاء يأخذون بالاستحسان الذي هو: قطع المسألة عن نظائرها لما هو أقوى. أو ما عبر عنه أيضا بأنه: «الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي»^(٢). فعليه: ينبغي لمن يأخذ بالاستحسان أن يأخذ كذلك بالحيلة المعتبرة مقاصديا لأنها في الحقيقة متوافقان في المعنى والمآل، ويكون الفرق بينهما في الاصطلاح، أما المعنى والمآل لهذين المصطلحين فمتقارب للغاية، ويظهر هذا من خلال التطبيق لهما في المسائل الفقهية، وقد مر معنا أمثلة لذلك.

(١) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ١٠ / ص ١٢١.

(٢) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤ / ص ٢٠٦.

المبحث الثالث

علاقة الحيل الفقهية بفقہ التيسير وجلب المصلحة

تناولت في هذا المبحث علاقة الحيل الفقهية بمبدأي: التيسير وجلب المصلحة في الشريعة، ولأجل ذلك قمت بدراسة الأركان التي يقوم عليها فقہ التيسير وجلب المصلحة في الشريعة، فبحثت الرخصة الشرعية وعلاقتها بالحيل، ثم بحثت علاقة الحيلة بكل من: المصلحة الشرعية ورفع الحرج في الشريعة .

تمهيد

أهمية دراسة علاقة الحيل بالموضوعات الثلاثة

إن من الأدلة الكلية التي يستند إليها القائلون بجواز الحيل على الإطلاق، عموم الأدلة والقواعد الشرعية المتعلقة بالتيسير، ويشمل ذلك الاستدلال بفقہ الرخص وبقاعدة رفع المشقة والتيسير، وقاعدة جلب المصلحة، بل وإن تسميتهم للحيل بالمخارج الشرعية لتحقيقها لما سبق، ولا شك في توافق هذه القواعد الثلاث مع المخارج الشرعية أو الحيل الجائزة اتفاقاً. أما التوافق مع الحيل الفقهية التي هي التوسل بالجائز لتغيير الحكم الشرعي، فإنه يحتاج إلى دراسة وعرض ومقارنة لمفهوم كل من الموضوعات الثلاثة مع موضوع الحيل الفقهية، فإن إطلاق القول بجواز الحيل استناداً إلى فقہ التيسير وجلب المصلحة ادعاء يلزمه الإثبات ولا يسلم لقائله.

وقد امتد هذا التصور إلى زماننا هذا ؛ فجاء بعض المعاصرين بآراء فقهية غريبة مستنكرة لم يقل بها أحد من الفقهاء المعاصرين ولا من الفقهاء السابقين، وقد استند هؤلاء في آرائهم إلى فقہ المصالح وفقہ التيسير ورفع المشقة، ظانين أنهم استناداً على هذه القواعد يستطيعون أن يمللوا ويجوزوا كثيراً من المعاملات والتصرفات، وعليها تجرأ على الإفتاء في مسائل من فقہ المعاملات المالية المعاصرة من ليس له كثير بضاعة في الفقہ وأصوله مستنداً إلى عموميات تلك القواعد الشرعية في التيسير وجلب المصالح، دون

تحقيق مناطها عند الاستدلال بها في تلك المسائل^(١)! ومن جملة ذلك أن بعض هؤلاء يرى أن الحيل الفقهية محققة للتيسير وجالبة للمصالح في الجملة، فلا بأس في العمل بها منهجا للإفتاء في النوازل الفقهية المعاصرة، وهذا الذي سنتناوله بالدراسة في مبحثنا هذا.

المطلب الأول

الرخصة الشرعية وعلاقتها بالحيل

وفيه فروع:

الفرع الأول: تعريف الرخصة ومتى تشرع

أولاً: التعريف:

الرخصة في اللغة العربية: التسهيل، والتخفيف^(٢).

والرخصة لدى الفقهاء: ما جاز فعله مع قيام المقتضي للمنع^(٣). وعرفت أيضاً: ما شرع لعذر شاق، استثناء من أصل كلي يقتضي المنع، مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه^(٤). فالرخصة استثناء من حكم لداعي رفع الحرج والشدة، وقيد الاقتصار على مواضع الحاجة يفيد عدم التعدي فيها، ويفيد انتهاءها بزوال الضرورة عنها.

ثانياً: متى تشرع الرخص:

الرخصة تكون إما بإلغاء الحكم كما في حل الميتة، وهي محرمة في الأصل، أو تخفيفه كما في قصر الصلاة للمسافر. والرخص المشروعة على ضربين:

- (١) انظر: د علي السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، مؤسسة الريان، بيروت، الطبعة الحادية عشرة، ٢٠٠٨م، ص ١٤٣ و ١٨٦.
- (٢) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص ٦٢٠.
- (٣) انظر: الزركشي، محمد بن بهادر (ت ٧٩٤هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق: عبد القادر العاني، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م. ج ١/ ص ٣٢٦.
- (٤) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ١/ ص ٣٠١.

أولاً: رخص لأجل مشقة لا صبر عليها، كالمرض الذي يعجز معه عن الصوم لخوف فوات النفس.

ثانياً: رخص في مقابل مشقة يمكن للمكلف تحملها، لكن هذا لا يمنعه من التمتع بالرخص وهذا من رفق الله بعباده، كالرخص بالقصر والجمع في الصلاة لمن لا يشق عليه أدائها في وقتها كاملة^(١).

ثالثاً: أسباب الرخص:

إن أسباب الرخص المجيزة لها على ثلاثة أقسام:

الأول: ما هو من إنشاء المكلف، كالسفر الذي ينتج عنه المشقة، فلاجلها أتت رخص السفر. والثاني: ما هو خارج عن إرادته؛ كالمرض. والثالث: ما تسبب به بطريق غير مشروع، لكنه عاد عليه بالمشقة والضرر، كمن سكب ماءه وقد حضرته الصلاة فيصح له التيمم، مع تأثيمه على سكب الماء^(٢).

الفرع الثاني: العلاقة بين الرخصة والحيل:

إن أهمية بيان العلاقة بين الرخصة والحيل الفقهية، هو اعتبار البعض التحيل الفقهي من جنس الرخص الشرعية، لذا يجري على الحيل أحكام الرخص؟! وسأوضح هنا مدى صواب هذا الادعاء.

أولاً: هل الحيل الفقهية من جنس الرخص الشرعية:

لقد سبق تعريف اللحيل الفقهية، ويظهر من خلال مفردات تعريف الحيلة والرخصة الفرق بينهما، فالرخصة موضوع في أصول الفقه مستقل تماماً عن باب الحيل، إذ إن الرخصة استثناء من حكم أصلي بدليل من الشرع، فالتحول في الحكم من المنع إلى الإباحة

(١) المصدر نفسه، ج ١ / ص ٢٢٠.

(٢) انظر: جميل محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية، دار الوفاء، المتصورة، مصر، الطبعة الثانية،

٢٠٠٣ م، ص ٥٣.

أتى بنص شرعي، ومثاله: النطق بكلمة الكفر، أو الانتقال إلى الأخف كقصر الصلاة للمسافر. فالرخصة تيسر تابع لظرف زماني أو مكاني ترتب عليه ضيق أو شدة أو حرج، والرخصة تأتي تبعا لظرف المترخص سواء كان سبب الرخص اضطرارياً كجواز أكل الميتة للمضطر، أو سبباً اختيارياً كالسفر الذي يبيح الفطر في رمضان، وتأتي مؤقتة بزوال سببها، ثم ترجع لحكمها الأصلي، فيلاحظ أنها أسباب لم يقم بها المسلم بقصد الترخيص، أي أنه لم يعمد إلى استخدام وسائل تهدف إلى تغيير حكم شرعي، وهذا الفرق بينها والحيل الفقهية التي يقوم التحيل بأسبابها طلباً لتغيير الحكم الشرعي، فعلى ما سبق فليست الحيلة الفقهية من جنس الرخص الشرعية.

ويتبقى لدينا حالة واحدة تشبه بها الرخص الحيل الفقهية، وهي إذا قام المكلف بأسباب الرخص طلباً للتخص كأن ينشئ سفراً لأجل أن يفطر في رمضان وهذا موضوع آخر سنتناوله لاحقاً.

كما سبق يمكن تلخيص الفرق بين الحيلة والرخصة فيما يأتي:

- ١- الرخصة لا يوجد فيها قصد تغيير الحكم الشرعي، أما الحيلة فإن أهم أركانها قصد تغيير الحكم الشرعي.
 - ٢- الرخصة تأتي تبعا لظرف وقع فيه المسلم، أما الحيلة فهو قام بها ابتداء لتغيير الظرف، مما يستلزم تغيير الحكم الشرعي المتعلق بالحال.
- فمفهوم الحيلة يختلف عن مفهوم الرخصة ولا يمكن القول إن الحيل من جنس الرخص مطلقاً.

ثانياً: حكم تعاطي سبب الرخص لأجل الترخيص وعلاقته بموضوع التحيل الفقهي:

إن الحكم في هذه المسألة أخص من الحكم في مسألة الترخيص العام، والمراد بها: أن يقصد تعاطي سبب الرخصة بقصد الترخيص لا غير.

بأن يقصد فعل السبب المبيح للرخصة، فينشئ سفراً ليفطر في رمضان، أو يسافر ليقتصر الصلاة ويجمع، وقد سبق أن بينا أن الأصل في الرخصة عدم وجود قصد الترخيص من إنشاء السبب المبيح للرخصة، فما حكم فعل السبب قصداً للتخصيص؟ هناك قولان للفقهاء في المسألة^(١):

الأول: المنع من الرخص إذا قصد فعل السبب المبيح لأجلها، وهو الأصح عند الشافعية، كمنعه من رخص السفر، فعندهم أن من سلك الطريق الأبعد بقصد القصر في الصلاة لا غير، فإنه لا يقصر في الأصح^(٢). وذهب إليه الشاطبي أيضاً، وتعليل ذلك عنده: «أن أسباب الرخص ليست بمقصودة التحصيل للشارع، ولا مقصودة الرفع، لأن تلك الأسباب راجعة إلى منع انحتم العزائم التحريمية أو الوجوبية، فهي إما موانع للتحريم أو التائيم، وإما أسباب لرفع الجناح أو إباحة ما ليس بمباح. فعلى كل تقدير إنما هي موانع لترتيب أحكام العزائم مطلقاً، وقد تبين في الموانع أنها غير مقصودة الحصول ولا الزوال للشارع، وأن من قصد إيقاعها رفعاً لحكم السبب المحرم أو الموجب ففعله غير صحيح، ويجري فيه التفصيل المذكور في الشروط، وكذلك الحكم بالنسبة إلى أسباب الرخص من غير فرق»^(٣).

وذهب فريق من الفقهاء إلى جواز ذلك، ومن ذلك ما يفتي به بعض فقهاء الأحناف لمن حلف بالطلاق ثلاثاً أن يجامع في نهار رمضان أن يسافر بزوجه سفر قصر، فيترخص

(١) انظر: د. يعقوب عبد الوهاب الباسين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مكتبة الرشد،

الرياض، السعودية، الطبعة الرابعة، ٢٠٠١ م، ص ٤٢١.

(٢) انظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٣) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ١/ ص ٣٥٠.

ويفطر ثم يجامعها^(١). وقريب من ذلك ما نقله ابن القيم عن بعض فقهاء الحنابلة في جواز سلوك الطريق الأبعد في السفر قصدًا للترخص في السفر^(٢).

وجه التشابه بين تعاطي أسباب الرخص والحيل:

إن قصد تحصيل الرخصة بفعل المانع للحكم، أو بفعل السبب المبيح للرخصة مماثل لما يفعله أهل الحيل بفعل المانع أو ترك السبب، فالرخص بهذا الوضع مشابهة للحيل. وعليه فيشتركان أيضا في حكمهما الشرعي من حيث المنع، لوجود علة مخالفة للقصد الشرعي في كليهما، فيكون تعاطي أسباب الترخيص من جنس الحيل الممنوعة في الجملة.

الراجع في حكم قصد المكلف تعاطي أسباب الرخص:

والذي أختاره في حكم قصد تعاطي الرخص: أنه يطبق عليها معايير الحكم على الحيلة، فإذا تحققت المعايير الثلاثة في الرخصة المقصود تحصيلها فإنها تكون جائزة لخلوها من أسباب المنع ولتحقيقها للمقاصد الشرعية.

الفرع الثالث: علاقة الحيل بتتبع الرخص في المذاهب وبالتفريق بين المذاهب:

أولا: الحيل وتتبع الرخص:

المراد بتتبع الرخص:

هو أن يأخذ الشخص من كل مذهب ما هو أهون عليه وأيسر^(٣). أو تتبع المجتهد أو المقلد للرخص في المذاهب في كل باب طلبا للتيسير على نفسه، أو التيسير على من يفتيه، وليس لكون الدليل استقر عنده على ذلك^(٤).

(١) انظر: الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ١١٥.

(٢) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٦٢.

(٣) انظر: دوهبة الزحيلي، الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب، دار الهجرة للطباعة والنشر، دمشق، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٩ م، ص ٢١.

(٤) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤/ ص ١٣٥.

علاقة الحيل بموضوع تتبع الرخص:

وتتبع الرخص لدى المذاهب يعد وسيلة للتيسير على النفس، وهو قريب من موضوع الحيل، إذ المراد بالحيل طلب التيسير في التكليف ورفع المنع أو الحرمة بتغيير الحكم، والجامع بينهما: رغبة النفس وأهواؤها في التخلص من ربة التكليف، وهذا نفس مقصود طالب التخفيف بتتبع الرخص.

وقد سبق وذكرنا حكم قصد تحصيل الرخصة وعلاقته بالحيل، ونتناول هنا تتبع الرخص، لأنه يعد من جملة الحيل الفقهية أو من جنس الحيل الفقهية، مع وجود الفرق في الحقيقة، لكن الجامع بينهما التحيل بواسطة مباحة، طلباً للأيسر للمكلف^(١).

ثانياً: الحيل والتلفيق بين أقوال المذاهب:**المراد بالتلفيق بين أقوال المذاهب:**

ويراد بالتلفيق معنى أخص من تتبع الرخص، فالتلفيق يكون بتتبع الأيسر من أقوال الفقهاء في مسألة واحدة، فيأخذ الأسهل له من كل إمام أو فقيه في عبادة واحدة، كمسألة الطهارة مثلاً: يأخذ برأي المالكية بطهارة سور الكلاب، ويقول الشافعية في أجزاء مسح بعض الرأس عند الوضوء، ويقول الحنفية في عدم بطلان الوضوء بملامسة النساء، فيأخذ بهذه الأقوال في طهارة واحدة^(٢).

فالتلفيق إذاً: الجمع بين تقليد إمامين أو أكثر في فعل له أركان أو جزئيات لها ارتباط ببعضها، لكل منهما حكم خاص، أي أنه يأتي بالفعل بكيفية لم يقل بها مجتهد واحد^(٣).

(١) المصدر نفسه، ج ٤/ ص ١٤٣.

(٢) انظر: السيد البكري بن السيد محمد شطا، إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت، د. ط، د. ت، ج ١/ ص ١٧، ج ٤/ ص ٢١٨؛ د. عمر كامل، الرخص الشرعية، مرجع سابق، ص ٢١٦.

(٣) انظر: دوهبة الزحيلي، الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب، مرجع سابق، ص ٣٢.

ولأجل سد هذه الذريعة نص كثير من الفقهاء أن الأمر باتباع أو التزام مذهب أحد الأئمة المجتهدين من أهم أسبابه سد ذريعة تتبع الرخص هذا^(١).

علاقة الحيل بموضوع التلفيق بين أقوال المذاهب:

إن العلاقة تظهر في كون إحدى طرق وضع الحيل هي التلفيق بين أقوال المذاهب، وهذا قد يكون هدفة الخروج بصيغة عقد تكون جائزة باعتبار تجويز كل فقيه لجزئية من هذا العقد.

ومن الأمثلة للحيل الملفقة بين أقوال المذاهب التي يذكرها الفقهاء: حيلة لإسقاط العدة، بأن تزوج المرأة لصغير لم يبلغ عشر سنين، ويدخل بها مع انتشار آله، ويحكم بصحة النكاح شافعي، ثم يطلقها الصبي، ويحكم حنبلي بصحة طلاقه وأنه لا عدة عليها، أما لو بلغ عشرًا لزمته العدة عند الحنبلي، أو يطلقها وليه إذا رأى في ذلك المصلحة، ويحكم به مالكي، وبعدم وجوب العدة بوطئه، ثم يتزوجها الأول، ويحكم شافعي بصحته، لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف بعد تقدم الدعوى مستوفيا شرائطه فتحل للأول^(٢). ويظهر الحجم الكبير للتكلف والتلفيق في هذه الحيلة.

التحليل بالتلفيق بين أقوال الفقهاء في وقتنا المعاصر:

المراقب لواقع الافتاء في المعاملات المعاصرة يلاحظ أن شيئاً منها تدخل فيه الحيل الفقهية من بوابة التلفيق بين أقوال المذاهب، ويتم ذلك بانتقاء الجزئيات التي فيها التيسير، أو فيها المخرج الذي يريده الفقيه للمسألة، فينتقي الفقيه ما يريد من أقوال المذاهب في مسألة واحدة، ثم يصيغ منها عقداً أو صيغة للتعامل مستندا في كل جزئية منها على قول إمام أو فقيه، والحقيقة أن هذه الصيغة المركبة لم يقل بجوازها أحد منهم.

(١) انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج ٧ / ص ٢٥٨.

(٢) انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج ٣ / ص ٤١٢، وقد نسب ابن عابدين الحيلة لبعض الشافعية.

وهذا الموضوع من الموضوعات الهامة التي ارتبطت بها الحيلة بموضوعات فقهية أخرى، وسيأتي مثال ذلك في الفصل الخامس من هذا البحث عند تطبيق هذه القاعدة على صيغ المصارف الإسلامية المعاصرة، مثل الحيلة المركبة من أقوال الفقهاء في صيغة: الإلزام بالوعد في بيع المربحة للأمر بالشراء، فإنها صيغة ملفقة من أقوال عدة فقهاء، قال كل واحد منهم بجزئية منها، لكن لم يقل واحد منهم بهذه الصيغة كاملة .

ثالثاً: حكم تتبع الرخص أو التلفيق بين المذاهب طلباً للتيسير:

حكم تتبع الرخص:

نص العلماء على حرمة تتبع الرخص التي في المذاهب، وفسقوا المفتي الذي يفعل ذلك والعامي الذي يتبع الرخص^(١)، خصوصاً ما كان من ذلك لطلب نفع المستفتي، فذهب البعض إلى تحريم استفتاءه^(٢)، حتى ذهب بعض الفقهاء إلى ادعاء الإجماع على ذلك، وإن كان هذا الادعاء لم يسلم بصحته^(٣).

وممن خالف في ذلك ولم ير بأساً في تتبع الرخص ابن المهام الحنفي رحمته الله^(٤).

وفي الجملة فإن تتبع الرخص ممنوع في قول عامة الفقهاء، وأنكر فقهاء السلف تتبع الرخص واعتبروها حيلة تؤول بالملكف إلى التحلل من ربة التكليف. ومثل ذلك تتبع

(١) انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج ١/ ص ٣٧١، والبهوتي، كشف القناع،

مصدر سابق، ج ٦/ ص ٣٠٧.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٢٧٨.

(٣) مثل ابن عبد البر القرطبي. انظر: المرادوي، علاء الدين علي بن حسن (ت ٨٨٥هـ)، الإنصاف في

معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، بيروت،

لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٨٦ م، ج ١١/ ص ١٩٦.

(٤) انظر: ابن المهام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج ٧/ ص ٢٥٨.

الأقوال التي يهواها لدى المذاهب، مثل ماتفرد فيه أحد المذاهب بإباحة أمر ما ؛ كإباحة النبيذ عند أهل الرأي، وإباحة العينة عند الشافعية، والمعازف عند أهل الأندلس، فيجتمع له ما يوافق هواه من آراء المذاهب^(١)، حتى قالوا: إن من أخذ برخصة كل عالم اجتمع فيه الشر كله^(٢).

حكم التلفيق بين المذاهب:

إن آراء الفقهاء في التلفيق بين أقوال المذاهب قريبة من الآراء في تتبع الرخص، لأن من يلفق بين أقوال المذاهب إنما يقصد بذلك جمع أسهل وأيسر الأقوال من كل مذهب، ثم الخروج بصيغة سهلة في مسألة واحدة من الفقه، واشترط بعض الفقهاء لجواز التلفيق شروط، أذكر منها:

- ١- اشترط البعض أن لا يكون القول الناشئ عن التلفيق مخالف للإجماع.
 - ٢- واشترط البعض ما هو أضيّق من ذلك بأن لا يكون القول الناتج عن التلفيق يبطله الفقهاء الذين لفق بين أقوالهم^(٣).
- وكل ما سبق بلا شك يضيّق القول بالتلفيق .

رابعاً: علاقة تتبع الرخص أو التلفيق بين المذاهب بالتيسير ورفع المشقة:

لا يصح أن يقال: إن تتبع الرخص أو التلفيق من باب التيسير ورفع المشقة.

وذكرنا سابقاً وجود الضوابط للترخص، ومن ذلك:

- ١- عدم جواز قصد الإتيان بسبب الرخصة في الجملة، إلا في حالات استثنائية.

(١) انظر: د. عمر كامل، الرخصة الشرعية، مرجع سابق، ص ١٩٠.

(٢) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٣٦٠.

(٣) انظر: محمد موسى توانا، الاجتهاد، دار الكتب الحديثة، مصر، د. ط، د. ت، ص ٥٥٢.

٢- إن الرخص أتت من الشارع مبيّنة وموضحة، فلا يصح أن يجتهد في ادعائها بغير دليل أو قياس جلي، و السماح والتيسير في الشريعة أتى مقيدا بما هو جار على أصولها، وليس تتبع الرخص ولا اختيار الأقوال بالتشهي بثابت من أصولها حتى يستدل به، خصوصا وأن الشرع أتى بدم الهوى وتتبعه^(١).

الضرورة والحاجة وتتبع الرخص:

والفقهاء على أن تتبع الرخص أو التلفيق يمنع متى كان تشهيا واتباعا للهوى، أما ما كان اتباعا للدليل، أو لضرورة رفع الحرج والمشقة فالأمر واسع في ذلك، وشتان بين من مسته الحاجة فطلب الرخصة من أقوال الفقهاء ومن يفعل ذلك اتباعا لهواه.

الفرع الرابع: علاقة الرخصة بالمخارج الشرعية:

لما كانت المخارج الشرعية من باب التيسير على المسلمين ودفع العسر عنهم في أمور دينهم ودنياهم^(٢)، وحيث يطلق مصطلح الرخصة أيضا على ما كان من المشروعات توسعة على العباد مطلقا، مما فيه نيل حظوظهم وتلبية رغباتهم^(٣). فعلى ما سبق الجامع بين الرخصة والمخارج الشرعية أن فيهما رفعا للحرج ودفعاً للمشقة وجلباً للتيسير بوسيلة شرعية توافق مقاصد الشارع، وعليه يكون هذا المعنى هو الجامع بينهما، وقد علق النووي رحمته الله على ما قاله بعض السلف: «إنما العلم عندنا الرخصة من ثقة، فأما التشديد فيحسنه كل أحد». قال: «إن المخارج والحيل الجائزة من جنس هذه الرخص»^(٤). أي بمعنى: أنها رخصة لكونها مخرج للتيسير على الناس، وعليه يكون من عد الحيل من

(١) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤ / ص ١٤٥.

(٢) انظر: د. عمر كامل، الرخصة الشرعية، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٣) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ١ / ص ٣٠٥.

(٤) انظر: النووي، المجموع، مصدر سابق، ج ١ / ص ٤٦.

الرخص لكونه يراها من جنس المخارج الشرعية، فتدخل في الرخص من هذا الجانب فقط .

أما أن يراد بالعلاقة بينهما أن الحيل الفقهية المختلف في جوازها من جنس الرخص الشرعية المتفق على جوازها، ثم بناء على ذلك يستدل بالرخص لإثبات جواز الحيل الفقهية فهذا الاستدلال لا يستقيم، للفارق بينهما.

المطلب الثاني

المصلحة الشرعية وعلاقتها بالحيل الفقهية

لقد سبق أن ذكرت القواعد العامة للمقاصد الشرعية، وأن من أهمها قاعدتين:

(أ) قاعدة جلب المصالح ودفع المفسد، وتعم مصالح الدنيا والآخرة.

(ب) قاعدة التيسير ورفع الحرج، وتعم جميع النواحي الشرعية من معاملات

وعبادات وجنایات وغيرها.

وهاتان القاعدتان من أعم قواعد المقاصد، وكثير من المقاصد تابعة لهما، ولذلك سنفردهما بالتفصيل لتوضيح مراد الفقهاء بهما، والضوابط التي اشترطت للعمل بهما، مما يؤدي إلى فهم حدود ومجال تطبيق هاتين القاعدتين، وتظهر أهمية تناولهما بالدراسة لأن بعض من يجتهد أو يفتي في الأحكام الشرعية للنوازل المعاصرة، وفي المعاملات المالية منها خاصة، قد يصدر فتاوى وأحكام يدعي ملاءمتها للناس في زمننا المعاصر، زاعماً استناده لقاعدتي: جلب المصلحة ورفع الحرج السابقتين، لكن يظهر لكل من تأمل في المقاصد وفهم ضوابط العمل بالمصالح أنه أتى بهما في غير مكانهما، لأنه جعلهما وسيلة لتعطيل المقاصد الشرعية بدلا من كونها قاعدتين خادمتين للمقاصد الشرعية، ونوضح في المطلب التالي مراد الفقهاء بهاتين القاعدتين، ومدى صحة الاستدلال والاستناد عليهما في إثبات صلاحية منهج الحيل في الإفتاء.

الفرع الأول: تعريف المصلحة الشرعية وطرق معرفتها:**أولاً: تعريف المصلحة:**

المصلحة في اللغة: الخير، وفي الأمر مصلحة أي خير، والصالح ضد الفساد^(١)، والجمع مصالح^(٢).

والمصلحة اصطلاحاً: «المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها»^(٣).

وعرفت أيضاً: «المصلحة التي اعتد بها الشارع وقام الدليل منه على رعايتها، بأن أمر الشارع بتحصيل أسبابها الموصلة إليها شرعاً»^(٤).

وقاعدة جلب المصلحة ودفع المفسدة من أوسع مقاصد الشريعة وأكثرها أهمية، ويدخل تحتها العديد من القواعد.

ثانياً: الارتباط بين المقاصد الشرعية والمصالح لا ينفك:

إن قيام الأحكام الشرعية على المصالح ودرء المفسد أمر مطرد ويشمل جميع الأحكام، حتى لو ظهر بنظر المكلف غير ذلك؛ فهو لقصور نظره وعجزه عن إدراك المصلحة، «المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت فيها جلب مصلحة ولا دفع مفسدة»^(٥).

ثالثاً: طرق معرفة المصالح والمفاسد:

إن المصلحة والمفسدة تعرفان باعتبار الشرع، فالشرع هو مصدر معرفة المصالح والمفاسد، ولا يجوز النظر في اعتبارها بالرأي المجرد، لأن المصالح لو تركت للناس

(١) انظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص ٢٢٩.

(٢) انظر: الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص ٣٤٥.

(٣) البوطي، ضوابط المصلحة، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٤) د. قطب سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٤١٤.

(٥) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٣٣.

لتحكموا بها بأهوائهم، ولما اتفقوا على مصالح بينهم، لاختلاف الأهواء والميول، فالصلاح والفساد في الأشياء تابع لأحكام الشارع عليها، من تحريم وإباحة وإيجاب، وإلا لبطل أن تكون المصالح فرعاً للدين، وتكون مصالح نابعة من أهواء النفوس في الحقيقة^(١). وعلى ما سبق فإنه من المتفق عليه :

١- إنه لا يصح للخبرات العادية والموازن العقلية والتجريبية المجردة الاستقلال وحدها باعتبار المصالح المعتبرة شرعاً، فلا يمكن أن يعتمد على رأي خبراء الاقتصاد ممن يرى أهمية النظام الربوي في دفع عجلة التنمية، أو علماء التربية ممن يرى أهمية الاختلاط بين الجنسين في تشذيب الغرائز مثلاً، فأمر المصالح تقرره الشريعة ابتداءً، وينظر لآراء الخبراء إما في كفيات التنزيل، أو في الأمور التي سكتت عنها الشريعة، بأن ترد إلى الأقرب للمقاصد الشرعية.

٢- لا يمكن أن يحكم بمصلحة مع مخالفتها للنص الشرعي، لاستحالة أن يتعارض النص الشرعي والمصلحة الشرعية^(٢).

ومما يعارض ما سبق ما ذهب إليه بعض المعاصرين إلى تقسيم المصلحة إلى قسمين:
الأولى: مصلحة ثابتة على مدى الأيام.

والثانية: مصلحة تتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص.

ومآل هذا القول تقديم المصلحة على النص والإجماع، وهذا يناقض ما ذكرناه سابقاً من أن المصلحة تعرف باعتبار الشرع لها مصلحة، والمقاصد ذكرنا أن من خصائصها الثبات؛

(١) انظر: البوطي، ضوابط المصلحة، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٢) انظر: البوطي، ضوابط المصلحة، مرجع سابق، ص ٤٤، واليوي، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص ٣٩٢.

وإلا فإنه بهذا الاعتبار لن يكون للنص ولا لإجماع الأمة أي قيمة، ويمكن لأي أحد أن يبدل ويغير مقاصد الشريعة بالكلية، وهذا ما لا يقول به أحد^(١).

الضرع الثاني: أقسام المصالح وموقف الفقيه عند تعارضها:

أولاً: أقسامها

تنقسم المصالح إلى ثلاثة أقسام:

الأولى: المصالح المعتبرة، وهي التي مرت معنا فيما سبق.

الثانية: المصالح الملغاة، وهي المصالح التي رفضها الشارع ولم يعتبرها.

الثالثة: المصالح المرسلّة، وهي التي لم يرد عن الشارع شيء في اعتبارها أو إلغائها^(٢).

ثانياً: تعارض المصالح

إذا تعارضت مصلحتان فإن المصلحة الدينية هي المقدمة في الجملة، ومن حيث

التفصيل فإنه يعتبر معايير ترجع لما سبق ذكره من ترتيب وتفضيل بين المقاصد الشرعية في

المبحث السابق، إذ إن المصلحة والمقصد الشرعي يعبران عن ذات الشيء في حقيقة

الأمر^(٣).

ومن المعايير في التقديم بينها عند التعارض:

١- يدخل في التقديم والتأخير ما سبق ذكره في ترتيب المقاصد حسب مصلحة العباد،

فالمصالح الضرورية مقدمة على الحاجة، والحاجة مقدمة على التحسينية.

(١) انظر: د حسين حامد حسان، فقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث

والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، مكة المكرمة، السعودية، الطبعة الأولى، ١٩٩٣ م، ص ٢١.

(٢) انظر: د. محمد أبوركاب، المصالح المرسلّة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، دار البحوث

للدراستات الإسلامية، دبي، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢ م، ص ٣١.

(٣) انظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ج ١/ ص ٤٠.

- ٢- يعتبر تقديم ما سبق ذكره من ترتيب المقاصد حسب شمولها، فتقدم المصالح العامة على الخاصة، لأنه لا يمكن إلحاق الضرر بالمجموعة لأجل فرد.
- ٣- النظر إلى مدى توقع حدوث المصلحة، فيقدم اليقيني الوقوع على الظني الوقوع، وظني الوقوع يقدم على المشكوك فيه أو الموهوم وقوعه^(١).

الضرع الثالث: المصالح الملغاة:

أولاً: تعريف المصالح الملغاة:

يراد بالمصلحة الملغاة: المصلحة التي دل الدليل الشرعي الجزئي أو الكلي على إبطالها وردّها، وعلى عدم التعليل بها والقياس عليها، ولو كانت في الظاهر مناسبة ومعقولة.

أوهي: المصلحة التي رفضها الشارع ولم يقصدها، فهي عكس ما ذكرنا في المصالح المعتبرة^(٢).

ومهما استدل لهذه المصالح بالعقل والتجربة، فإن أي مصلحة علم أنها تقتضي حكماً يناقض ما دل عليه النص من أحكام، أو تناقض المقاصد الشرعية الواضحة فلا يمكن اعتبارها، وتكون مصالح ملغاة أو باطلة لمخالفتها للنص وللمقاصد الشرعية^(٣).

(١) انظر: علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، منشورات مؤسسة علال الفاسي، الدار البيضاء، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٨م، ص ١٨١؛ اليوبي، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

(٢) د. مصطفى مخدوم، المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي، مكتبة الرشد، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، ص ٢٤.

(٣) انظر: د. رمضان اللخمي، التعليل بالمصلحة عند الأصوليين، دار الهدى للطباعة، د.م، د.ط، ١٩٨٧م، ص ١٥٦.

ثانياً: من أدلة إلغاء الشارع لبعض المصالح:

قوله تعالى في الخمر والميسر: ﴿وَإِنَّهُمْ مَأْكُوبَرٌ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾^(١)، فالشارع لم يعتد بالنفع الذي في الخمر والميسر، لما يترتب عليه من مفسدة أعظم منه بكثير، فعد المصلحة المترتبة عليه باطلة وملغاة.

ومن السنة: فإن كفارة الجماع في رمضان مرتبة على أن العتق أولاً، ثم الصوم ثانياً، ثم الإطعام ثالثاً، فإذا أوجب أحد المفتين الصوم أولاً، لمصلحة زيادة الزجر، خصوصاً في حالة من يتيسر عليه الإعتاق، وطلباً لردعه عن مثلها يكون خالف النص لمصلحة لم يعتبرها الشرع، فتكون من المصالح الملغاة بذلك^(٢).

ثالثاً: من أمثلة المصالح الملغاة التي ينادي بها البعض في عصرنا الحاضر:

١- الدعوة إلى الاعتداد بالربا لكونه يحقق مصلحة اقتصادية، أو دعوى أنه من جنس البيوع، وقد ذكر الله هذه الدعوى في كتابه الكريم وبين حرمة الربا، قال تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٣).

٢- الدعوة إلى التسوية بين الأخ والأخت في الميراث، بدعوى عدم الفرق بينهما في المسؤوليات الاجتماعية في زماننا الحاضر، وقد فرق القرآن بينهما، ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ﴾^(٤).

(١) سورة البقرة، الآية [٢١٩].

(٢) انظر: د. مصطفى مخدوم، المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٨٨.

(٣) سورة البقرة، الآية [٢٧٥].

(٤) سورة النساء، الآية [١١].

٣- الدعوة الى تجويز صناعة الخمر وبيعها لمصلحتها في الاقتصاد، وقد نص الشارع على حرمة الخمر ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَأَجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(١).

وهكذا من المصالح التي نص الشرع على إبطالها ويدعي البعض تحقق المصلحة بها^(٢).

رابعا: تعلق موضوع المصالح الملغاة بموضوع الحيل:

وعلاقة موضوع المصالح الملغاة ببحثنا في الحيل الفقهية ؛ هو تعلق البعض بها في إثبات جواز الحيلة مستندا إلى المصلحة، فيكون مبرر التحيل الفقهي تحقيق مصلحة دنيوية يرى أنها مما يتوافق مع حاجة الناس ومصالحهم في عصرنا الحاضر، وعليه يدعي أنها مصلحة معتبرة شرعا، مع كون هذا الأمر لا يستقيم عند عرضه على القواعد الشرعية الضابطة للأخذ بالمصالح، وهو ماستعرض لبيانه لأهميته وتعلقه المباشر بموضوع الحيل.

الفرع الرابع: علاقة المصالح بموضوع الحيل:

يستند كثير من الفائلين بجواز الحيل بأنها تحقق امصلحة، ويستدعون لذلك النصوص وأقوال الفقهاء في مراعاة الشرع لتحقيق المصالح، فمن حجج من يقول بجواز الحيل: أن للشارع قصداً في استجلاب المصالح ودرء المفسد، والحيل تحقق ذلك^(٣). ولا يشك أحداً أن الفقيه إنما يفتي بالحيلة لأجل المصالح التي يراها تتحقق فيها، ولا يقصد بذلك معارضة أمر الشارع، لكن ما لا يتم التفصيل فيه نوع المصلحة المدعاة ؛ أي تحقيق المناط في المصلحة المترتبة من هذه الحيلة. وقد سبق بيان أنواع المصلحة، والعلاقة بين الحيلة والمصلحة، وأنها تتعلق بنوع المصلحة المحققة وليس بمجرد ادعاء وجود

(١) سورة المائدة، الآية [٩٠].

(٢) انظر: د. محمد أبو ركاب، المصالح المرسله، مرجع سابق، ص ٣٢.

(٣) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٣٣٦.

مصلحة مطلقا، وعليه فيمكن دراسة صحة الاستدلال بجواز الحيلة استنادا إلى تحقيقها للمصلحة بتقسيمها إلى حالتين :

الحالة الأولى: أن تكون هذه المصلحة المدعاة ملغاة شرعا عند التحقق منها: وهذا أهم جانب يمكن بدراسته توضيح علاقة الحيل بالمصلحة، فإنه من أهم أسباب الخلاف في جواز حيلة بعينها الادعاء بتحقيقها للمصالح مطلقا، وعند النظر في هذه المصلحة المدعاة يظهر أنها من جنس المصالح الملغاة شرعا. فالمتحيل يستخدم الحيلة لتحقيق مصالحا ملغاة ثم يستدل عليها بأن الشريعة أتت بمراعاة جلب المصالح فيجوز الحيلة بذلك ! فادعاء المصلحة سهل، لكن بعرضها على معايير المصلحة المعتبرة شرعا يظهر زيف هذه الدعوى، وقد سبق بيان ضوابط المصلحة المعتبرة، لذا فإن جل الحيل المنوعة إنما تحقق مصالح من جنس المصالح الملغاة.

ومثالها: من يدعي جواز هدايا العمال، لأن فيها مصلحة إعانة الموظف أو العامل على شؤون حياته، وتيسيرا لأمر صاحب الحاجة، خصوصا إذا لم يطلبها الموظف من الناس بل هم بادروه بها، ومثالها أيضا: من يرى أهمية الحيل في تحقيق مصلحة الفائدة على الوديعة، ويستند إلى وجود المصلحة، إذ تعوض الفرد عما يخسره من قيمة نقوده مع التضخم الاقتصادي السنوي الذي يفقد العملة قيمتها الشرائية^(١)، وهذه المصلحة بلا شك ملغاة، لأن الشارع وضع مسالك شرعية كالتجارة لتعويض الفرد عن التضخم أو أكل الزكاة للهمال المتجمع، ولم يشرع الربا أو الحيل الربوية لذلك، بل النصوص في تحريم الربا تبطل هذه المصلحة، والمقاصد الشرعية تناقضها أيضا.

(١) انظر : د شوقي دنيا، الشبهات المعاصرة لإباحة الربا، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٤

وفي الجملة فأي حيلة ممنوعة لو تأملنا في المصلحة المحققة منها سنجدها من جنس المصالح الملغاة.

الحالة الثانية: ادعاء تحقيق الحيل لمصالح أهم وأعظم:

الجانب الآخر في دراسة علاقة الحيلة بالمصالح تتم من خلال دراسة دعوى أن الحيل تحقق مصالح معتبرة شرعا، سواء كانت معتبرة بالنص عليها، أو عموم شهادة القواعد الشرعية العامة باعتبارها، وأنه بهذه الحيلة تتحقق تلك المصالح.

والفرق بين هذا الادعاء وما قبله، أن الأول ادعى مصلحة ثبت كونها ملغاة شرعا، والثاني ادعى مصلحة معتبرة شرعا لكن يريد تقديمها على ما هو أهم منها، كأن تكون المصالح المحققة بالحيلة أقل رتبة في تشوف الشارع لها من المصالح المفوتة، كأن تكون المفوتة من المصالح الضرورية، والأخرى المتحیل لأجل تحقيقها مصلحة تحسينية، أو لأن المقصد الشرعي الجزئي المتحقق في هذا الحكم يفوت بهذه الحيلة ولا يعوض بمكافئ له، وهذا ما سبق بيانه عند توضيحنا للحيلة المعتبرة مقاصديا، فقد أتى الشرع بمراعاة كل ما فيه تحقيق لمصلحة المكلف، ورتبها حسب أهميتها ومكانتها مراتب ودرجات، وفقه هذا الترتيب من أهم ما يلزم الفقيه المجتهد في المقاصد، لأن التقديم والتأخير عائد لما قدمه الشارع، وليس لما يهواه المكلف^(١)، وعلى ما سبق لا يمكن لأي أحد ادعاء تحقيق المصلحة الأهم من الحيل الفقهية، دون أن يكون قد عرض هذه المصلحة على معايير التقديم والتأخير للمصالح في ميزان الشرع.

خلاصة ما سبق وأهميته:

خلاصة ما سبق أنه لا يسلم لكل أحد استند إلى موضوع المصلحة في دعواه جواز حيلة ما، وأنه لا بد من عرض تلك الدعوى على معايير قبول المصلحة ابتداء، ومعايير التفضيل بين المصالح ثانيا.

(١) انظر: د. أحمد الريسوني، محاضرات في مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص ١٣٦.

وإن أهمية وضوح علاقة المصلحة بالحيل ستظهر فائدته في الفصل التطبيقي عند دراسة حكم بعض الحيل الفقهية الواقعة في المصرفية الإسلامية المعاصرة، فإن كثيرا من الحيل في المعاملات تستند إلى دعوى تحقيق المصلحة. وفيما ذكرناه من تعريف للمصلحة وضوابط الأخذ ما يدل على بطلان كثير من دعاوى جواز الحيل الفقهية استنادا إلى تحقيق المصلحة.

المطلب الثالث

رفع الحرج في الشريعة وعلاقته بالحيل

إن القاعدة الثانية المدرجة تحت المقاصد العامة للشريعة: قاعدة التيسير ورفع الحرج. وهي من القواعد الكبرى التي تندرج تحتها الكثير من القواعد والفروع. **الفرع الأول: تعريف التيسير وحقيقتها وجوده في كل التكاليف:** أولا: المراد بالتيسير:

التيسير من اليسر، وهو السهولة، واللين والانقياد، وكلها تدل على السهولة التي هي ضد العسر^(١).

والتيسير مرتبط برفع الحرج، ورفع الحرج أتت الشريعة برفعه، قال تعالى: ﴿هُوَ أَجْتَبَلَكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِّلَّةً أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾^(٢).

ثانيا: الشرع مصدر معرفة شروط التيسير:

كما تم توضيحه سابقا عند الحديث عن المصالح الشرعية، وأن الشارع الحكيم هو مصدر تحديد تلك المصالح، فهنا كذلك الشارع مصدر معرفة وتحديد كيفية التيسير في

(١) انظر: الفيروز آبادي، القاموس، مصدر سابق، ص ٤٩٩.

(٢) سورة الحج، الآية [٧٨].

الشريعة، فالتيسير مضبوط بالشرع، ولا يستقل العقل والرأي بمعرفته وتقديره، وإلا لما استقرت الأحكام لتفاوت الناس في تقدير المشقة والخرج^(١).

ثالثاً: وجود التيسير لكل نوع من التكاليف:

مامن أمر شرعي إلا وتجد معه أصنافاً من التيسير ورفع الحرج والمشقة، كالفطر للصائم، والصلاة قعوداً للمريض، وعدم استقبال القبلة في الصلاة للمجاهدين، وأكل الميتة للجائع الذي يخشى على نفسه الهلاك، فما من تكليف شرعي إلا ومعه تخفيف متى طرأت المشقة على المكلف، وسبيل التخفيف هذا ينسجم مع مراعاة المصلحة التي هي القاعدة الأولى من قواعد المقاصد العامة، فهاتان القاعدتان منسجمتان ومتكاملتان.

الفرع الثاني: تعريف المشقة والحرج وأنواع المشقة:

أولاً: تعريف الحرج:

الحرج: في اللغة الضيق ويأتي بمعنى الإثم أيضاً^(٢). ومعناه الشرعي قريب من اللغوي، فالحرج في الشرع يطلق على كل ما يتسبب في الضيق^(٣). ويعرف بأنه: كل ما أدى على مشقة زائدة في البدن أو النفس أو المال حالاً أو مآلاً. وإزالة الحرج تعني رفعه، لذا فإن المعاني التي ذكرت لرفع الحرج في الدين تدور حول إيجاد المخارج من الحرج ووسائل الخلاص منه^(٤).

(١) انظر: د. فرج علي الفقيه حسين، مظاهر التيسير ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية، دار قتيبة، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣ م، ص ١٠.

(٢) انظر: ابن فارس؛ أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسن (ت ٣٩٥هـ)، معجم المقاييس في اللغة، تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٤ م، ص ٢٥٩.

(٣) انظر: د. يعقوب الباحسين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٤) انظر: د. صالح بن حميد، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤٧.

ثانياً: تعريف المشقة:

المشقة مأخوذة من العمل الشاق وهو الذي فيه صعوبة و شدة وثقل عند القيام به^(١).

ثالثاً: أنواع المشقة :

والمشقة نوعان:

الأول: مشقة لازمة للتكاليف لا تنفك عنها:

مثل مشقة الجوع والعطش مع الصيام، أو مشقة الوضوء في الشتاء، وقد تزيد مع شدة البرد، كما تزيد مشقة الصوم مع شدة الحر، ومشقة الرجم للزناة، أو إقامة الحدود لا سيما إذا كانوا من الأقارب أو الأصحاب، فإن في هذا مشقة عظيمة ولا شك، وهذه المشقة لازمة للتكليف، فلا يجوز رفعها أو التحيل على ذلك، وإلا لفاتت جميع التكاليف أو معظمها لملازمة هذه المشقة للتكاليف، وإنما كان الابتلاء من الله لعباده بهذه المشقة.

الثاني: مشقة تنفك عنها التكاليف غالباً:

هي المشقة الزائدة على المشقة العادية اللازمة للتكاليف التي سبق ذكرها، كمشقة الصيام مع المرض، المؤدي لزيادة المرض أو هلاك النفس، أو الغسل الذي قد يؤدي إلى الهلاك بسبب جرح أو شدة برد^(٢).

فهذه تكاليف يترتب عليها مشقة زائدة عن العادة، فتدخل في قاعدة التيسير ورفع الحرج. فيجوز عندها التيمم بدل الغسل أو الوضوء، ويجوز الفطر للصائم. لأن حفظ المهج والأطراف لإقامة مصالح الدارين أولى من إتلافها في تكليف مما يؤدي على فوات كثير من التكاليف بعد ذلك^(٣).

(١) المصدر نفسه، ص ٣٠.

(٢) انظر: د. حسين خلف الجبوري، أحكام الرخص في الشريعة الإسلامية، مكتبة المنارة، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٩٨٨ م، ص ٧٠.

(٣) انظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٧.

الضرع الثالث: علاقة الحيل بقاعدة التيسير ورفع الحرج :

حيث سبق ذكر استناد فريق ممن يميزون الحيل الى قاعدة تحقيق المصالح، فإن الأمر كذلك مع قاعدة رفع الحرج، فإن الاستناد إليها يكون متوافقا ومتلازما مع الاستناد إلى قاعدة المصالح، لأن منبعها واحد: هو المقاصد الشرعية، التي أتت بمراعاة القاعدتين، لذا كان من الأهمية دراسة المراد بهذه القاعدة وحدود تنزيلها وتطبيقها على المسائل المختلفة.

أولاً: دراسة علاقة رفع الحرج بالحيل تكون باعتبارين:

الاعتبار الأول: أن التيسير يكون بالوسائل الشرعية:

فالتيسير ورفع الحرج يكون بما نص الشارع عليه أو استنبطه الفقهاء بالقياس، وبابه الرخص الشرعية في الغالب، وقد ذكرنا سلفاً أن ما من تكليف إلا وقد اقترن بطائفة من الرخص والأمور المخففة، فمتى طرأ على المكلف شيء يجعل أداء التكليف فيه مشقة وحرج طبقت قاعدة رفع الحرج، فالصلاة تجوز قعوداً، فإن لم يستطع صلى على جنبه، وكذلك لإنقاذ النفس يجوز الكذب، بل ويجوز النطق بالكفر أيضاً. فلا يحتاج في حالة الحرج إلى التحيل وقصد تغيير الحكم الشرعي للتوصل إلى رفع الحرج، إذ هناك أحكام وقواعد في الشريعة لأجل رفع الحرج و التيسير مباشرة. وعليه فلا حاجة لاستدعاء فقه الحيل هنا؛ لأن التخفيف منصوص عليه كلما احتيج له بحاجة معتبرة في الشرع. وحاصل ما سبق أن دعوى أن الحيل الفقهية هي التي يحصل بها التيسير ورفع الحرج دعوى تفتقد للدقة العلمية، ولا تشهد لها قواعد الشريعة ووسائلها في رفع الحرج.

ومن ذلك أن رفع الحرج والمشقة مرتبطان بالمقاصد الشرعية وخادمان لها، فلا يصلح أن نطلب تنزيل قاعدة رفع الحرج الموافقة للمقاصد بسلوك منهج التحيل الذي يمنعه الفقهاء لتعطيله للمقاصد؟! لأن هذا من التناقض البين، فرفع الحرج موافق للمقاصد الشرعية فلا يصح أن يرفع بالحيل التي تناقض المقاصد.

الاعتبار الثاني: الحيل تكون غالباً لرفع حرج من جنس ما يترتب على التكليف:

لقد سبق توضيح أن مشروعية رفع الحرج وطلب التيسير تكون عند وجود مشقة زائدة، أو مافيه مشقة غير مقصودة للشارع، وذكرنا أن سبيله الرخص والمخففات الشرعية^(١)، أما إن كانت المشقة عادية فلا يصح طلب التخفيف بأي وجه، وهذا أكثر ما يقع عند طلب التخفيف بالحيل، فإنه أكثر ما يكون في المشقة التي هي من جنس التكليف، وإلا لكان طلب التخفيف من مظانه كالرخص الشرعية الواردة في الموضوع، وقد بينا عند دراستنا لعلاقة الرخص بالحيل الفرق بينهما، فلا يقال: إن من الترخص التحيل بتغيير الحكم الشرعي.

ومثاله في المسائل المعاصرة من يرى أن المنع من البيوع المحرمة بسبب الغرر أو الجهالة فيه تضيق على الناس فيما تراضوا به بينهم، وأن الحرج والمشقة مرفوعان، أو أن اشتراط القبض للسلعة خشية النزاع، فإن أمن النزاع فلا يشترط قبض السلعة لاستكمال البيع، ويميز أن يعيد المشتري بيع السلعة لغيره قبل قبضها، فيجوز التحيل لتحليل هذه البيوع أو إزالة هذه الشروط لصحة البيع مستنداً إلى قاعدة: رفع الحرج.

لذا عندما يطلب المرء التخفيف في هذا النوع من المشاق بالحيل الفقهية يكون قد أخطأ في طلبه للتخفيف، وفي الوسيلة التي سلكها للتخفيف، كمن يتحيل بهبه ماله قبل وقت الحج، طلباً لرفع مشاق الحج البدنية، فهذه مشاق غير معتبرة في الشرع ولا يبنى عليها رفع الحرج لأنها من جنس التكليف.

ثانياً: متى يمكن القول إن في الحيل الفقهية رفع للمشقة أو الحرج:

على ما سبق؛ فلا يمكن إطلاق القول بأن الحيل الفقهية فيها رفع للحرج إلا بعد النظر في الاعتبارين السابقين، وبعدها يمكن النظر في جواز أعمال الحيل الفقهية في

(١) انظر: د صالح بن حميد، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣١.

تخفيف المشقة من عدمه، بنفس المعايير السابق ذكرها في الحيلة المعتبرة مقاصدياً. فالحالة الوحيدة التي يتوافق فيها رفع الحرج مع منهج الحيل قريبة مما سبق ذكره في قاعدة جلب المصالح، حيث تجوز عندما تحقق الحيلة مقصداً أكبر من المقصد الذي يفوت، وهنا يصح نفس الشيء، فإذا كان رفع الحرج موافقاً للشرع ولما قصده، وأعظم من المقاصد التي تفوت، فإن الحيلة تجوز لتحقيقها مقاصد مطلوبة للشيعة، أعظم من التي تفوت، وهذا عملاً بجواز الحيلة المقاصدية.

خلاصة ما سبق:

إن سلوك منهج الحيل الفقهية بدعوى رفع الحرج أو التيسير تخلصاً من التكاليف أو طلباً لتحليل الحرام لا يتفق ومفهوم الشارع للتيسير ورفع الحرج، ولا يقبل من كل أحد التعليل والتبرير بادعاء موافقة قصد الشارع في التيسير على إطلاقه، لأن التيسير له أبوابه الشرعية، ومثله التحيل بدعوى وجود المشقة، إذ إن من المشقة ما هو من طبيعة التكليف ولازمة له.

ويتبقى لدينا النوع الذي هو قريب من الحيلة المعتبرة مقاصدياً، وقد بينا جوازها. وأيضاً فإن ارتباط قاعدة التيسير بموضوع الحيل قريب من كلامنا عن علاقة الحيل بقاعدة جلب المصلحة، لأن الجامع بين الموضوعين هو مراعاة وتحقيق المقاصد الشرعية.

الفصل الرابع:

المصرفية الإسلامية والحيل الفقهية

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الاستفادة من الحيل الفقهية في الإفتاء

في المعاملات المالية المعاصرة.

المبحث الثاني: نشأة المصارف الإسلامية ودخول الحيل

الفقهية عليها.

المبحث الثالث: صيغ التمويل لدى المصارف الإسلامية

وعلاقتها بالمقاصد الشرعية والحيل

الفقهية.

المبحث الأول

الاستفادة من الحيل الفقهية في الإفتاء

في المعاملات المالية المعاصرة

تناولت في هذا المبحث الاستفادة من الحيل الفقهية في الإفتاء، فبحثت مدى التزام الفقهاء المجيزين للحيل بها منهجا في الإفتاء، ثم بحثت مدى صلاحية الحيل منهجا للإفتاء وحكم الإفتاء بها، ولتأكيد الفرق بين الحيل والمخارج قمت بمقارنة بينهما في إمكانية الاستفادة منها في الإفتاء في المسائل المالية المعاصرة.

المطلب الأول

مدى التزام الفقهاء المجيزين للحيل الفقهية بها كمنهج في الإفتاء

إن أهمية معرفة مدى التزام الفقهاء المجيزين للحيل بها منهجا للإفتاء يكمن في كونها مدخلا لفهم ومن ثم تقويم منهج القائلين بجواز الحيل في الجملة.

وهذا المبحث موضوعه: مدى صلاحية الحيل الفقهية كمنهج للاجتهد والإفتاء في النوازل المعاصرة أو الوقائع الحادثة، سواء منها النوازل المالية أو غيرها، وهو ما نريد تناوله في هذا المبحث .

ولا يخفى أن منهج الحيل الفقهية يمارس ويطبق عمليا عند الإفتاء في المسائل المالية المعاصرة، فهو منهج حي من حيث التطبيق أيما كانت تسميته، حيث يغلب عليه مسمى المخارج الفقهية ؛ لأن التسمية بالمخارج الفقهية أدعى لقبول الناس له، لما سبق ذكره من نفرة الناس من كلمة الحيل، والمسميات لا تغير شيئا من الحقائق، فمهما سمي هذا المسلك فإن حقيقته أنه منهج الحيل الفقهية.

ولدراسة وتقييم منهج التحيل الفقهي سأدرس أطراف الإفتاء به لدى من أجازوه، كمعيار كاشف للالتزامهم به من عدمه.

الضرع الأول: المراد بمنهج الحيل في الإفتاء:

المنهج: الطريقة والمسلك، والطريق المنهوج أي: المسلك^(١).

والطريق: السبيل، ومنه استعير كل مسلك يسلكه الإنسان في فعل محمود أو

مذموم^(٢).

وقولنا منهج الحيل أي طريق الحيل أو مسلك الحيل في الإفتاء، مثل مناهج الإفتاء

الأخرى: كمنهج الاحتياط أو منهج التيسير، فمنهج الاحتياط أو التحوط في الإفتاء مبني

على الاحتراز من الوقوع في منهي أو ترك أمور عند الاشتباه، فهو منهج الأخذ بما يبرئ

الذمة^(٣)، ومنهج التيسير في الإفتاء مبني على التيسير على المكلفين، فهو منهج الأخف

والأيسر، وبهذا يكون منهجا مغايرا لمنهج التحوط تماما.

فالمنهج إذا: مسلك وطريقة المفتي عند النظر في الأدلة ينتج عنها فتوى تتوافق ومنهجه

في النظر.

ومنهج الحيل في الإفتاء: ابتغاء المخارج المخففة بواسطة تغيير الحكم الشرعي بوسيلة

مباحة، أي: الحيل الفقهية. وعليه: فمنهج الحيل أخص من منهج التيسير؛ لوجود قصد

تغيير الحكم الشرعي بواسطة المباح، وفي منهج التيسير لا يوجد ذلك، وإنما هو اختيار بين

الأيسر من أقوال الفقهاء في المسألة.

(١) المناوي، محمد عبد الرؤوف (ت ١٠٣١هـ)، التعاريف، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر

المعاصر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ، ص ٦٨١.

(٢) المصدر نفسه، ص ٤٨٢.

(٣) منيب محمود شاكر، العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الرياض، الطبعة الأولى،

١٩٩٨م، ص ٤٨.

الضرع الثاني: مدى اطراد الإفتاء بمنهج الحيل:**أولاً: المراد بالتزام الفقهاء بقاعدة الحيل:**

أي هل عمل القائلون بالجواز بهذا المنهج بشكل مطرد ومنضبط بحيث أخذ وعُمل به في معظم المسائل التي تنطبق عليها قاعدة الحيل؟ أي التوسل بالمباح لتغيير الحكم الشرعي، أم أن الأمر كان انتقائياً في التطبيق أو مضطرباً يخضع لعوامل أخرى كثيرة مؤثرة، جعلت الاطراد مفقوداً؟ هذا ما نحاول الإجابة عليه هنا، ونبدأ بدراسة اطراد قاعدة الحيل كمنهج للإفتاء.

ثانياً: مدى الاطراد في تطبيق الفقهاء لقاعدة التحيل:

الاطراد: المتابعة، واطراد الشيء متابعة بعضه بعضاً، تقول: اطراد الأمر اطرادا: أي أتبع بعضه بعضاً، ومنه اطرادت العادة أي تتابعت في ذلك الأمر، واطرد الحد: أي تتابعت أفرادها وجرت مجرى واحداً^(١).

والذي نقصده بالاطراد في منهج الحيل: أن تُتابع وتجري أفراد مسائل الحيل مجرى واحد، فيطبق منهج التحيل على جميع أفرادها، لا على شيء دون آخر. ومنهج الاطراد من ضوابط ومقومات القواعد العامة التي تندرج تحتها فروع كثيرة، كالقواعد الفقهية، بل إن الاطراد مطلوب في كل منهج، وإلا ما الفائدة في منهج لا تتابع أفرادها فيه وتجري مجرى واحداً؟^(٢).

من المهم التنبيه لمدى التزام الفقهاء بموضوع الاطراد في تطبيق قاعدة التحيل، حيث يتكلم البعض عن منهج الحيل الفقهية كما لو كانت من مسالك النظر والاجتهاد الكبرى، أو من الأدلة الأصولية التي عليها العمل عند كثير من الفقهاء والمجتهدين، مع أنه

(١) انظر: المناوي، التعاريف، مصدر سابق، ص ٧٢.

(٢) انظر: د محمد الروكي، نظرية التعيد الفقهي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م،

بدراسة الحيل دراسة متأنية نجد أن هذه الادعاءات تفتقد لكثير من المصدقية في واقع الممارسة الفقهية، فقد ظهر لي من دراسة أقوال الفقهاء في المسائل المختلفة للحيل الفقهية: عدم التزام كثير من الفقهاء بمنهج الحيل في الفتوى، مع قولهم بجوازها في الجملة. ودليل هذا اختلاف الحنفية والشافعية في مسائل كبرى من أصول مسائل التحيل، بل واختلاف فقهاء المذهب الواحد في حكم الحيلة الواحدة، بل وتغير موقف الفقيه في الأخذ بمنهج الحيل ما بين حيلة وأخرى، و سأذكر أمثلة من واقع المذهب الحنفي تدل على ذلك، وقد سبق وذكرت أنه بالتتابع لآراء الإمام محمد بن الحسن نجده يتشدد في منع الحيل، ومن تتبع أقواله في الشفعة وفي نكاح المحلل وفي العينة يجد مصداق ذلك، فمحمد بن الحسن رحمهم الله يتشدد ويمنع التحيل في ثلاثة من أعظم أبواب الحيلة !

وهذا يثبت أن منهج الإفتاء بالحيل غير مطرد لديهم، وإلا لما اختلف محمد بن الحسن مع أبي حنيفة وصاحبه أبي يوسف، رحمهم الله جميعاً، في ثلاث مسائل من أمهات مسائل الحيل، وهذا يدعونا لدراسة الأسباب التي تدعو الفقيه لترك منهج التحيل عند الفتوى.

الفرع الثالث: أسباب ترك الفقيه لمنهج الحيل في الإفتاء مع الأمثلة:

أولاً: أسباب ترك الفقيه لمنهج التحيل الفقهي:

وبالنظر إلى أسباب ترك الفقيه لهذا المنهج نجد أن المؤثر في ذلك ثلاثة أمور:

الأول: وجود دليل آخر أو أصل آخر، فإن وجود دليل آخر في المسألة يجعل المفتي يجيد عن قاعدة الحيل ويترك الحيل إلى الأصل الآخر، مثل وجود النص الشرعي في المسألة، كمن تصح دلالة الآية عنده أو يثبت صحة الحديث عنده في مسألة فيمنع الحيلة للنص.

الأمر الثاني: النظر في المقاصد الشرعية، فإن المجتهد عند نظره إلى المقاصد الشرعية أو المصالح الشرعية المتعلقة بالحكم، واعتباره لما تفوته الحيلة من مقاصد شرعية أو مصالح قد يثنيه هذا عن مسلك الحيل.

والأمر الثالث: النظر لمآل الحيلة وما يمكن أن تؤدي إليه، وهذا النظر للمآل يختلف فيه نظر الفقهاء، فمن رأى أنها تؤدي إلى ضرر فيمنعها لذلك، وقد لا يرى الآخر ذلك الضرر فيجيزها، أو يرى الفقيه أن مآل الحيلة سد بابا من أبواب الفقه بالكلية؛ فيبطلها لذلك، وتصلح مسألة الشفعة كمثال على المآل من الجهتين.

وبناء على ما سبق نرى في المسألة الواحدة خلافا بين القائلين بالجواز، ويفترض - بناء على قولهم في إجازة الحيل - أن يتفقوا على إجازة حيلة ما، لكننا نجد أن منهم من قد يمنعها، أو يمنع آثارها. ويمكن القول أن منهج أو قاعدة الحيل الفقهية غير مطردة بصورة تجعل التنبؤ بفتوى من يجيزها غير ممكن، بينما من يفتي بالأحوط أو بالتيسير يمكن توقع فتواه في المسألة بتتبع الاطراد الحاصل في المنهج.

ثانيا: أمثلة على ترك الفقهاء المجيزين للحيل الإفتاء بالحيل:

١ - منع الحنفية لحيلة العينة^(١)، لثبوت دليل منع العينة لديهم من السنة^(٢)، مع أن العينة من أكبر أبواب التحيل على الربا.

ووافقوا في المنع المالكية والحنابلة، وخالفهم الشافعية فأجازوا العينة لعدم ثبوت الحديث لديهم، لكن منع الحنفية للعينة لورود الحديث لم يمنع وجود الحيل لديهم على بيع العينة، كإتلاف شيء من السلعة لتبرير إرجاعها بأقل من ثمنها^(٣).

٢ - منع الشافعي لمسألة مد عجوة ودرهم خشية وقوع ربا الفضل. وهي منعه لما يمكن أن يتوصل به لربا الفضل، فيمنع مد عجوة ودرهم بمدئي عجوة أو بدرهمين^(٤)، بل وتأكيدا لمنعها عند الشافعية يطلق عليها: «قاعدة مد عجوة».

(١) انظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ١٤ / ص ٣٦.

(٢) أي الحديث الذي رواه أحمد وأبو داود: (إذا تبايعتم بالعينة..)، وقد تم تخريجه سابقا في أدلة المانعين للحيل.

(٣) انظر: الخصاص، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ١٢.

(٤) انظر: الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق، المهذب، دار الفكر، بيروت، د. ط، د. ت، ج ١ / ص ٢٧٣.

وضابط القاعدة: «أن الصفقة مهما اشتملت على مال الربا من الجانبين واختلف الجنس من الجانبين أو من أحدهما فالبيع باطل»^(١). فمن كان هذا منهجه في التحرز من الربا والتوصل إليه كيف يقول بالحيل الربوية؟! ولو تأملت في مسألة مد عجوة تجدها بابا مناسباً للتحويل على الربا، وتنطبق عليها أركان الحيلة، لكن الشافعي بقاعدة مد عجوة سدّ باب التحيل في هذا النوع من البيوع الربوية.

٣- في التحيل للقيام بواسطة المسابقة بعوض بين طرفين، بأن يدخلوا فرسا ثالثة بين الفرسين في السباق، وهذا الفرس مأمون الجانب، أي أنه لا يسبق، فيكون السباق حقيقة بين الطرفين اللذين دفعا العوض في السباق، فالمانعون للحيل كابن تيمية يمنعونها، ويوافقهم الإمام الشافعي فيمنعها كذلك. ويشترط الإمام الشافعي رحمته الله لجوازها وجود محلل، وهو شخص متسابق معها، لا يدفع شيئاً من العوض المتنافس عليه، ويشترط له أنها لا يأمن أن يسبقها، أي أنه ليس مجرد محلل صوري مأمون جانبه لضعف فرسه^(٢)، وهذا لتصحيحه للحديث في المسألة^(٣).

أما ابن القيم رحمته الله - وهو يرى منع الحيل في الجملة - فإنه يرى جواز المسابقة بينهما بعوض يتفقدان عليه، بدون وجود محلل، لعدم صحة الحديث عنده، بل وتبعاً لذلك يذكر ابن القيم حيلة جائزة عنده في المسألة، وهي: أنها أي المتسابقين يُملكان العوضين لشخص ثالث لا يتسابق معها، ويقول هذا الشخص: أيكما سبق أو جاء أولاً يأخذه^(٤). أي العوض.

(١) أبو حامد الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٥٨.

(٢) انظر: الإمام الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج ٥/ ص ٥٥٦.

(٣) أي الحديث الذي رواه أبو داود (من أدخل فرسا بين فرسين)، وقد تم تخريجه في أدلة المانعين للحيل.

(٤) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٤/ ص ٣٠.

٤- ومّر معنا سابقا منع محمد بن الحسن لحيل الشفعة، وعلل ذلك بناء على المصالح الشرعية، و منعه لحيل التهرب من دفع الزكاة للضرر بالفقير. قال ابن تيمية: «فالشافعي يبالغ في تحريم مسألة مد عجوة وبيح العينة، وأبو حنيفة يبالغ في تحريم العينة وبيح مسائل مد عجوة، ويتوسع فيها، وأصل كل من الإمامين رضي الله عنهما في أحد البابين يستلزم إبطال الحيلة في الباب الآخر، وهذا من أقوى التخريج على أصولهم ونصوصهم، وكثير من الأقوال المخرجة دون هذا»^(١).

وكلام ابن تيمية يؤكد ما أسلفنا من عدم اطراد قاعدة الحيل لديهم رحمهم الله جميعا، وأن كثيرا من الحيل التي تنسب إلى هذين المذاهبين لا تتفق مع أصول المذهبيين.

خلاصة ما سبق:

مما سبق يتضح أن قاعدة التحيل لم تكن يوما قاعدة مطردة، أي أن القائلين بها لم يلتزموا بها منهجا في الفتوى، وهذا لعوامل عديدة سبق ذكرها؛ وعليه يكون منهج الحيل الفقهية مفتقد لشرط مهم في الاعتداد به كمنهج للإفتاء، وعليه لا يصح أن يستدعي هذا المنهج في النوازل الفقهية المعاصرة بدعوى كونه منهجا معتبرا لدى الفقهاء منذ القدم.

المطلب الثاني

مدى صلاحية الحيل الفقهية منهجا للإفتاء وحكم الإفتاء بها

وفيه فروع:

الفرع الأول: مدى صلاحية منهج الحيل الفقهية للإفتاء في النوازل المعاصرة:
سبق بيان عدم التزام القائلين بجواز الحيل بها منهجا للإفتاء، وبقي دراسة صلاحية هذا المنهج للإفتاء والاجتهاد حتى نقر بصلاحيته للإفتاء في النوازل المعاصرة.

(١) المصدر نفسه، ج ٢ / ص ٢٤٥.

وتعريف النوازل: هي الوقائع الجديدة التي لم يسبق فيها نص ولا اجتهاد^(١). ويطلق عليها أيضا: الحوادث أو الوقائع، وكلها تدل على المسائل المستجدة في كل زمان^(٢). وللحكم على صلاحية منهج الحيل الفقهية كمنهج أو مسلك للإفتاء قمت بدراسته من حيث:

١- شرعية منهج الحيل الفقهية .

٢- تحقيقه للمقاصد الشرعية.

٣- النظر في مآلات هذا المنهج.

٤- النظر في مدى انضباط هذا المنهج .

وبعرض منهج الإفتاء بالحيل على ما سبق، يظهر لنا الآتي:

أولاً: من حيث شرعية منهج الحيل الفقهية:

١- شرعية المنهج متنازع فيه، بل الأدلة الشرعية تدل على منع منهج الحيل في الإفتاء،

فكثير من أهل العلم قالوا بمنع الحيل، وشنعوا على من سلك مسالكها.

وسياتي معنا في الأمثلة التطبيقية كيف أن تطبيق مبدأ التحيل يوقع في الحرام أو

الشبهات على أقل تقدير.

٢- منهج الحيل لم يثبت نسبته للأئمة الأعلام، بل الثابت أن بعض من ينسب إليهم

هذا المنهج لم يقولوا به أصلاً أو لم يقولوا به على إطلاقه، وهذا يظهر من أمرين:

(أ) الإمام الشافعي رحمته الله لم يتخذ الحيل منهجاً أو أصلاً للإفتاء، وقد بينا أن أصل

الحيل لدى الشافعي لا يتعلق بقاعدة الحيل، وإنما بقاعدة قبول أعمال المسلمين على

ظاهرها، وبيننا الفرق الكبير بين كون الحيل أصلاً للإفتاء، وبين إمراره لها نظراً لقاعدته في

أمر آخر، هو العمل بالظاهر.

(١) د. مسفر القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٩٠.

(٢) المرجع نفسه، ص ٩٣.

(ب) المذهب الحنفي، وهو أكثر المذاهب اهتماما بالحيل، لكن تجد الكثير من التحفظات والاعتراضات لدى فقهاء المذهب على تطبيق منهج الحيل، وقد مر معنا منع محمد بن الحسن لكثير من الحيل.

(ج) بعض من أقر منهج التحيل الفقهي كمنهج للإفتاء ومخرج من الضيق لم يقصد الحيلة المرغوب عنها وإنما قصد المخارج الشرعية، وهذا واضح من تعريف الحيل لديهم، فمنهم من عرفها بأنها: «إنما الحيلة في أن يأخذ بالحلال، ويحتال ليترك الحرام، فتلك الحيلة»^(١). لكن لما لم تحرر الحيلة المتنازع فيها بشكل علمي دقيق لدى كثير ممن تناولها اشتبهت أقسام الحيلة المختلفة في بعضها، وهذا أدى إلى إلزام أئمة من أعلام الفقه بها لم يقولوه .

ثانيا: هل يتوافق منهج الإفتاء بالحيل مع المقاصد الشرعية؟

إن الإبطال والإلغاء للمقاصد الشرعية، وهي لب وروح التشريع، الذي يترتب على الإفتاء بمنهج الحيل يجعل العمل بهذا المنهج لا ينسجم مع محاولة إيجاد حلول شرعية أو فتاوى للنوازل، فههدف الإفتاء في النوازل أن يطبق حكم الشرع عليها، والإفتاء بالحيل لا يحمل من الشرع إلا صورته دون روحه ومعناه، فعلى ما سبق لا يمكن أن يقول من أدرك معنى الحيل ومآلاتها أنها تصلح للإفتاء، أو أنها توسع وتنمي الفقه الإسلامي وتطوره، إذ إنها قد تطوره شكلا، لكنها في الحقيقة تفرغه من معناه ومقاصده .

ثالثا: مآلات الإفتاء بالحيل:

إن مآل اتخاذ منهج الحيل قاعدة للإفتاء في النوازل فتح بابا يدخل منه كل جاهل في الشريعة ليفتي ويجتهد برأيه الخالي عن أي ضوابط الاجتهاد عدا اعتماده على فقه الحيل، وتوقع هذا المآل يصدق أمران:

(١) محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مصدر سابق، ص ٢٤.

الأول: واقع الفتوى المعاصر؛ الذي يشهد مشاركة في الإفتاء من بعض غير المختصين بالفقه الإسلامي؛ كالاقتصاديين أو حتى الماليين، فيفتون بالتحليل أو التحريم للمعاملات المالية، بغير إدراك لشروط وضوابط الاجتهاد الفقهي.

الثاني: التجربة التي مرت بها الأمة عندما فتح باب الحيل في القرون الأولى، حيث دخل بواسطة فقه الحيل كل من لم يكن أهلاً للفتوى أو لا علاقة له بها ابتداءً، وقد أوردنا في الفصل الأول من هذا البحث أمثلة لدخول المتفقيين وحتى الوراقين في الإفتاء ووضعهم الحيل المستنكرة.

رابعاً: عدم إمكانية انضباط منهج الحيل في الإفتاء:
وهذا لأمرين:

١- عدم وجود حكمة أو علة في الحيل تجعلها أصلاً يقاس عليها، قال الطاهر بن عاشور: «ومن الغفلة أن يقاس على مثل هذه الحيل، فتجعل أصلاً للقياس عليها، مع تحقق أن الحيلة لا تشتمل على معنى و حكمة يصححان القياس عليها، إذ قد اتفقنا أن الحيلة مخالفة للحكم ومفوتة للقصد، ولذلك سميت حيلة، فكيف نجعلها أصلاً للقياس عليها؟ وكيف يلحق بها النظائر من يمنع القياس على الرخص؟»^(١). وهذا الذي ذكره ابن عاشور من أكبر أسباب عدم صلاحية الحيل كمنهج للإفتاء، وله علاقة بما ذكرناه من غياب الاطراد في هذا المنهج.

٢- اختلاف الباعث لدى من يفتي بالحيل سبب في عدم انضباط منهج الحيل، وهذا لاختلاف المصلحة التي يطلبها من وراء تغيير الحكم الأصلي للمسألة، فيقوم المتحيل بتغطية ذلك القصد بتصرفات لأجل إظهار التصرف بصورة شرعية، ولا يخفى أن منهج

(١) الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

الإفتاء المبني لتلبية أهواء ومصالح مختلفة لا يمكن أن يستقيم على قاعدة واحدة، مما يؤدي لتباين وتناقض في مخرجاته، وهذا سبب كاف في العزوف عنه^(١).

٣- عدم تقييد المجيزين للحيل بالضوابط التي اشترطوها لجواز الحيل، وقد بينا عند تحرير قولهم في المسألة عدم انضباطهم في ضابط منع الضرر عن الغير، وعدم انضباط شرطهم في عدم التصريح بالحيلة، وذكرنا أمثلة لذلك، وعدم إمكانية الالتزام بالضوابط من خلال التطبيقات على المسائل يظهر ضعف وانخراط منهج الحيل كمنهج للإفتاء.

خلاصة ما سبق:

يظهر مما سبق عدم صلاحية منهج الحيل للإفتاء، وسيظهر عند دراستنا في المبحث التطبيقي لبعض المسائل في المعاملات المصرفية المعاصرة التي أفتي بها بناء على منهج التحيل حقيقة عدم صلاحية الحيل كمنهج للإفتاء. ويترتب على عدم صلاحية منهج الحيل للإفتاء مسألة حكم الإفتاء بالحيل، وهو موضوع الفرع القادم بعون الله .

الفرع الثاني: حكم الإفتاء بالحيل الفقهية:

أولاً: حكم الإفتاء بالحيل الفقهية:

لقد تقرر معنا فيما سبق عدم صلاحية منهج الحيل للإفتاء، وعدم صلاحيته لأن يكون مسلكاً لإيجاد حلول للنوازل المعاصرة في المعاملات المالية والمصرفية، فما حكم الإفتاء بالحيل؟

لقد نص بعض الفقهاء على كراهة الإفتاء بالحيل، ونص الكثير منهم على حرمة الإفتاء بها، لأن الدلالة على ما فيه مخادعة للشرع لا تجوز، وفي هذا النوع من الحيل شيء من المخادعة ولا شك.

(١) انظر: عبدالرحمن السنوسي، اعتبار المآلات، مرجع سابق، ص ٢٧١.

ومن ذلك ما مر معنا في تسميتهم لمن يعلم الناس الحيل بالمفتي الماجن، ففقهاء المذهب الحنفي - وهو من أوسع المذاهب في إيراد الحيل الفقهية - يحدرون من المفتي الماجن، وقد عرفوه بأنه: الذي يفتي الناس بالحيل المحرمة^(١). والماجن في اللغة: الرجل الذي لا يبالي ما يقوله ولا ما يفعله^(٢)، لأنهم رأوا فيه قلة العلم والدين، ومن هذه حاله لا يبالي بما يقول أو يفتي به الناس. بل ومن الفقهاء من يرى أن الإفتاء بالحيل يخل بأحقية التسمية بمسمى المفتي فإن مثل هذا لا ينبغي تسميته مفتيا ابتداء!^(٣).

ثانياً: تحذيرهم المفتي من الإفتاء بما يحتوي على حيلة أو يعين على

الحيل:

وقد شمل منعهم للإفتاء بالحيل منعهم للدلالة عليها، فمتى عرف المفتي أن السائل يريد أن يتوصل بها لمخالفة قصد الشارع، حتى لو كانت الفتوى في ظاهرها لا تفيد ذلك، فقد ذكر الفقهاء أنه يحرم على المفتي إرشاده إلى الحيلة، أو إفتاؤه بالظاهر الذي يتوصل به إلى مقصوده^(٤). فمن واجب الفقيه المفتي أن يفتن لكلامه ومؤداه، فمتى وجد أن الجواب قد يستفاد منه في التحيل المحرم، فعليه أن يتجنب الفتوى، أو يضبطها بما لا يمكن معه التلاعب بها. وللأسف فإن كثيراً من الفتاوى المعاصرة التي يتداولها المتحيلون تجد أصلها فتوى عامة، أو فتوى جرت على ظاهر السؤال بدون وعي المفتي لقصد المستفتي الذي يستخدم هذه الفتوى الصادرة في أغراض مختلفة تماماً عن ما صدرت لأجله، وقد أنكر الفقهاء كذلك على المفتي الذي يتبع الحيل طلباً لمساعدة من يجب، إذ

(١) انظر: عبد الرحمن السنوسي، اعتبار المآلات، مرجع سابق، ص ١٤٧.

(٢) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص ١٢٣٣.

(٣) ابن بطة العقيلي، إبطال الحيل، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٤) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٨٦.

ينبغي أن تكون مخرجا لمن عنده ضائقة، وليست لمن أراد نفعه أو كسب شيء منه^(١).

ثالثا: نص فقهاء المذاهب الأربعة على منع مفتي الحيل:

- ١- سبق وذكرنا منع الحنفية للمفتي الماجن، الذي يعلم الناس الحيل المحرمة.
- ٢- وعند المالكية ذكروا أن من أنواع تساهل المفتي تتبع الحيل: «وقد يكون تساهله بأن تحمله الأغراض الفاسدة على تتبع الحيل المحذورة أو المكروهة بالتمسك بالشبه طلبا للحرص على من يروم نفعه أو التغليظ على من يروم ضرره». وعندهم أيضا أنه: «إذا صح قصد المفتي واحتسب في طلب حيلة لا شبهة فيها ولا تجر إلى مفسدة ليخلص بها المفتي من ورطة يمين أو نحوها فذلك حسن جميل»^(٢).
- ٣- وعند الشافعية ذكر النووي رحمته الله: «يحرّم التساهل في الفتوى، ومن عرف به حرم استفتاؤه». ثم قال: «ومن التساهل أن تحمله الأغراض الفاسدة على تتبع الحيل المحرمة أو المكروهة»^(٣).
- ٤- ونص الحنابلة على أنه: «يحرّم أن يتتبع الحيل المحرمة والمكروهة، والترخص لمن أراد نفعه والتغليظ لمن أراد ضرره، وإن حسن قصده في حيلة لا شبهة فيها ولا مفسدة ليخلص بها حالفا من يمينه كقصّة أيوب عليه السلام جاز ويحرّم التحيل لتحليل حرام أو تحريم حلال بلا ضرورة»^(٤).

(١) محمد بن عبدالرحمن المغربي (ت ٩٥٤ هـ)، مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٨ هـ، ج ٦/ص ٩٢.

(٢) محمد بن عبدالرحمن المغربي، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج ٦/ص ٩٢.

(٣) النووي، المجموع، مصدر سابق، ج ١/ص ٤٦.

(٤) ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج ١٠/ص ٢٥.

المطلب الثالث

صلاحية المخارج الفقهية منوها للإفتاء في المسائل المالية المعاصرة

وفيه فروع:

الفرع الأول: التعريف، وأنواع الحيل المندرجة تحت هذا المصطلح:

أولاً: المقصود بالمخارج الشرعية لدى الفقهاء:

لقد سبق بيان المراد بالمخارج لغة وفي اصطلاح الفقهاء مفصلاً في الفصل الأول، وبيئت أن المراد بها: أن يحتال للخروج من الضيق والحرج أو للتوصل إلى الحق أو على دفع الظلم أو منع وقوعه بطريق مباحة لم توضع موصلة إلى ذلك بل وضعت لغيره، فيتخذها هو طريقاً إلى هذا المقصود الصحيح، أو قد يكون قد وضعت له لكن تكون خفية لا يظن لها، ولا يقصد بذلك تغييراً أو إبطالاً للحكم الشرعي^(١). فكل ما يتذرع به المرء للتخلص من الحرام والتوصل إلى الحلال دفعا للضرراً أو جلباً للمصالح مع الاحتفاظ بكيان الشرع، ومقاصد الحكم ومصالحه، صوناً لحقوق الله وعباده، فهو المخرج الشرعي^(٢).

ثانياً: التعبير بالمخارج بدلاً من الحيل:

سبق توضيح الترادف بين مصطلحي المخارج والحيل لدى الفقهاء، لكن غلبت الحيلة على الاستخدام. ولا بد هنا من التنبيه إلى أنه لا يصح تسمية الحيل الفقهية المختلف فيها مخارج شرعية؛ لكونها ممنوعة في الجملة، وفي هذه التسمية تغيير بالناس وتدليس عليهم، فاسم المخارج على القسم المتفق على جوازه من الحيل فقط، وكذلك ما ثبت جوازه لموافقته وتحقيقه لمقاصد الشرع، وبهذا التمييز في المسميات نخرج من الخلط الحاصل بينهما^(٣).

(١) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤٢٠.

(٢) انظر: د. عمر كامل، الرخصة الشرعية في الأصول والقواعد الفقهية، دار ابن حزم، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، ص ١٩٣.

(٣) انظر: د. فيصل بن سعود الخليبي، مقاصد المكلفين عند الأصوليين، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ٥٠٢.

ثالثاً: أنواع الحيل المندرجة تحت مصطلح المخارج الفقهية:

كما سبق ترجيحه في ثنايا هذا البحث، يتضح أن الحيل التي يصح أن يطلق عليها لفظ المخارج نوعان:

النوع الأول: الوسائل المباحة التي لم توضع للمقصود، ولا يقصد بهذه الوسيلة تغيير الحكم الشرعي، وهي الحيل التي ذكرناها في الفصل الثاني، تحت عنوان الحيل الجائزة اتفاقاً.
النوع الثاني: الحيل التي فيها تحقيق لمقاصد شرعية كبرى، مع تفويتها لمقاصد أقل أهمية، والتي أسميناها: الحيل المعتبرة مقاصدياً، وقد فصلنا في حكمها في الفصل السابق.

الفرع الثاني: صلاحية المخارج الفقهية منهجاً للإفتاء:

لقد بينت في المطلب السابق عدم صلاحية الحيل الفقهية منهجاً للاجتihad في النوازل، وبينت الفرق بين المخارج والحيل، وأبحث هنا مدى صلاحية المخارج الفقهية منهجاً للإفتاء؟ ولتوضيح ذلك لا بد من توضيح وجه العلاقة بين المخارج والموضوعات الأربعة التي عرض عليها منهج الإفتاء بالحيل فيما سبق، وهي: شرعية المنهج، وعلاقته بالمقاصد ومآله، وانضباطه، وتفصيلها كما يأتي:

(١) شرعية المنهج

ذكرنا في الفصل الأول أن منهج المخارج الشرعية أو الحيل الجائزة لم يقل بمنعه أحد، وذكرنا في الفصل الثالث جواز الحيل الجائزة مقاصدياً، بما يغني عن الإعادة هنا.

(٢) العلاقة بالمقاصد

يتضح أن المكلف لا ينوي بهذا المخرج ما منعت الحيل بسببه، وهو: إرادة مخالفة القصد الشرعي بالحيلة بإظهار خلاف ما يريد، أو بقصد تغيير الحكم الشرعي، فالمخرج الشرعي وسيلة خفية لم توضع لهذا الأمر ظاهراً لكن لا يقصد بها تغيير للحكم الشرعي، ومن أمثلتها مسألة التورق، فالتورق يشتري السلعة وهو ينوي بيعها ابتداءً، ولا حرج في ذلك ما دام لن يعيد بيع السلعة لمن اشتراها منه، فليست من جنس مسألة العينة الممنوعة. وفي حالة الإفتاء بالحيلة المعتبرة مقاصدياً: ذكرنا تحقيق الحيلة للمقاصد الشرعية ولا شك.

٣) مآل الإفتاء بمنهج المخارج الفقهية

إن مآل المخرج الفقهي ليس تغييرا أو إبطالا للمقاصد الشرعية، بل هو مخرج بوسيلة مباحة للمكلف بما لا يقتضي تغييرا أو تفويتا للمقصد الشرعي، فلا يترتب عليه فساد أو تضييع لمصلحة، وكذلك في الإفتاء بالحيلة المعتبرة مقاصديا ذكرنا أن مآلها يتوافق مع المقاصد ولا شك، لأنها أجزت باعتبار تحقيقها للمقاصد الشرعية.

٤) الانضباط في منهج الإفتاء بالمخارج

بينت سابقا ضوابط الإفتاء بالمخارج أو الحيل الجائزة في الفصل الثاني، وذكرت المعايير الثلاثة لجواز الحيلة المعتبرة مقاصديا، لكن هذا لا يعني أن كل من ادعى أن فتواه هي من جنس الحيل الجائزة أو المخارج الشرعية يسلم له إلا بعرضها على الضوابط والمعايير السابقة.

الفرع الثالث: هل المخارج الفقهية منهج مستقل أم تابع؟

إنه لمزيد من التوضيح لمنهج المخارج الفقهية، وجدت أنه من المهم الإجابة عن هذا السؤال: هل المخارج منهج مستقل في الإفتاء أم هو تابع لموضوعات ومباحث أخرى؟ لقد سبق ذكر تعريف المخارج وضوابط صحتها، وأن سبب تسمية هذا النوع من المخارج بالحيل؛ لأنه لا يتفطن له إلا من لديه فقه وذكاء وقد لا يستدل عليه كل أحد، لذا يحتاج إلى إعمال الفكر وتقليب النظر ليهتدي إليه. لكن هذا كله لا يعني بالضرورة أنه منهج مستقل في الإفتاء والاجتهاد، بل الذي يظهر لي أن سلوك منهج المخارج الشرعية في الإفتاء هو منهج تابع لموضوعات أخرى من الشرع، كالرخصة الشرعية أو عموم التيسير، ويدخل شيء منه تحت الشروط الجائزة في العقود أو الاستثناء في الأيمان^(١).

فيمكن القول: إن مجموع ما يمكن تسميته فقه المخارج يدور على مجموعة من الموضوعات الأصولية ومناهج الإفتاء المتعلقة بالتيسير ورفع الحرج أو الخروج من الضيق. أما في الحيلة المعتبرة مقاصديا فإن الأمر مختلف، إذ إن هناك تغيير للحكم الشرعي بواسطة مباحة لتحقيق

(١) انظر: محمد رشيد رضا، الربا والمعاملات في الإسلام، مرجع سابق، ص ١١٥.

مقاصد شرعية أهم، فهو منهج مستقل، لكنه مشابه لمناهج أخرى في الاجتهاد كالأستحسان، وقد سبق بيان ذلك عند حديثنا على علاقة الحيل بالأستحسان الأصولي.

ارتباط المخارج بفقهاء السعة في الشريعة

ذكر الدكتور يوسف القرضاوي عوامل المرونة والسعة في الشريعة الإسلامية بأنها:

القياس والأستحسان، والأستصلاح، أي: العمل بالمصالح المرسلّة، والعرف^(١).

وفسر القرضاوي العرف بأنه: ما اعتاده الناس وتواضعوا عليه في شؤون حياتهم حتى أنسوا واطمأنوا إليه وأصبح أمراً معروفاً^(٢). وحيث يعد البعض المخارج الفقهية من عوامل السعة في الفقه الإسلامي، فإن المقصود بمجموع الموضوعات الأصولية المتعلقة بالاجتهاد الفقهي، والتي يمكن بواسطتها معرفة المخارج الشرعية والتخلص من أي حرج ورفع أي مشقة، مثل موضوعات: الأستحسان والعرف والأستصلاح وغيرها، ويكون المخرج الفقهي هنا باستنباط الرأي الأيسر والأرفق للناس.

خلاصة ما سبق:

أولاً: إن المخارج الفقهية والحيل المعتبرة مقاصدياً منهجان في الإفتاء والاجتهاد يحققان المقاصد الشرعية والمصالح، ويحققان السعة والتيسير على المكلفين، ويمكن استخدام كلا المنهجين في التعامل مع النوازل الفقهية المعاصرة في المعاملات وغيرها. ثانياً: لا بد من التفريق بين هذين المنهجين ومنهج الحيل الفقهية المختلف فيها، وعدم الخلط بينهما حال الإفتاء.

(١) العرف: ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول.

انظر: د. محمود حامد عثمان، القاموس المبين، مرجع سابق، ص ١٥٦.

(٢) انظر: د. يوسف القرضاوي، عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، دار الصحوة للنشر، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٨٥ م، ص ١٣ و ٣٦.

المبحث الثاني

نشأة المصارف الإسلامية ودخول الحيل الفقهية عليها

في هذا المبحث تناولت الوعاء الأكبر لتطبيق المعاملات المالية المعاصرة، أي: المصارف الإسلامية، فتناولت شيئاً مما يتعلق بهذه المصارف: من نشأة وتأسيس وغايات وأهداف، وصيغ وممارسات عملية، لفهم دواعي ومبررات دخول الحيل الفقهية على أعمال المصارف الإسلامية، وأثر ذلك على أعمالها وتحقيقها للغايات التي أنشئت لأجلها.

المطلب الأول

نشأة المصارف الإسلامية وغاياتها ومسؤولياتها

سبق توضيح التضاد بين المقاصد الشرعية والحيل الفقهية في الجملة، وأثبتنا عدم صحة وصلاحيّة منهج الحيل الفقهية لإيجاد حلول ومخارج للنوازل المالية والمعاملات المصرفية المعاصرة، وإن كل ما بحثناه سابقاً فُصد به التمهيد للحديث عن أهم جهة تطبق فيها المعاملات المالية بالمفهوم الإسلامي، أو تحت قواعد الشريعة الإسلامية وضوابطها، وأعني بها: المصارف الإسلامية أو البنوك الإسلامية، ولا فرق بين المسمين، فهذه المصارف هي التي حملت لواء تطبيق النظريات الإسلامية في التعامل المالي على أرض الواقع، وهي التي تحملت مسؤولية وأمانة هذا التطبيق، حيث تعد هذه أول مرة تطبق فيها القواعد والأحكام والنظريات الشرعية لتشغيل مصرفية موافقة للشريعة الإسلامية، فهذه المصرفية تعتبر الأول من نوعها في تاريخ الإسلام!

الفرع الأول: نشأة المصارف الإسلامية وغاياتها:

المراد بالمصارف الإسلامية:

يعرف المصرف الإسلامي بأنه: مؤسسة مصرفية لا تتعامل بالربا أخذاً ولا عطاءً. وكثير من الناس يظن أن المصرف أو البنك الإسلامي لا يتعدى مفهومه جزئية عدم التعامل بالربا! وهذا فهم وتعريف قاصر للمصرف الإسلامي، لأن التعاملات الشرعية المالية في المصارف لا يمكن حصرها في الربا فقط، ومقاصد المصرف الإسلامي ليست

فقط منع الربا. ولعل جزءاً من مشكلة المصارف الإسلامية هي في وجود هذا التصور القاصر للمصرف الإسلامي في ذهنية البعض، الذي تحول إلى ممارسات في واقع هذه المصارف، لذا فإن التعريف الشامل للمصرف الإسلامي أنه: " مؤسسة مصرفية تلتزم في جميع معاملاتها ونشاطها الاستثماري بالشريعة الإسلامية ومقاصدها، وكذلك بأهداف المجتمع الإسلامي"^(١).

فمدار التعريف على أنه يطبق الشريعة الإسلامية في تعاملاته المالية، ويراعي كل ما راعته الشريعة في ذلك.

نشأة المصارف الإسلامية :

إن تجربة المصارف الإسلامية حديثة نسبياً، وقد مرت بشكل عام بمرحلة التنظير التي هيأت لمرحلة التجارب الأولية، لكن لم يكتب لها الاستمرار، وذلك لغياب عناصر كثيرة للنجاح والاستمرار لم تتوفر لها آنذاك، ثم لما توافرت عوامل النجاح انطلقت بنجاح مجموعة من المصارف الإسلامية خلال بضع سنوات، ولا زالت تلك المصارف إلى يومنا رائدة في العمل المصرفي الإسلامي، وتتناول مراحل عمل المصارف الإسلامية لفهم التجربة والنشأة:

المرحلة الأولى أو التجارب الأولى: بعد مرحلة التنظير والدعوة إلى تحقيق مصرفية إسلامية من قبل العديد من الفقهاء والاقتصاديين، ظهرت أول صورة للمصرفية الإسلامية، ويتفق جميع من يكتب عن التجارب الأولى أنها بدأت بمصر في صورة (بنوك) الادخار المحلية، وذلك في العام ١٩٦٣ م، وتدور فكرة (بنوك) الادخار على استثمار المدخرات التي استقطبتها بصيغة المشاركة، لكن التجربة توقفت في العام ١٩٦٧ م،

(١) انظر: د. صالح حميد العلي، المؤسسات المالية الإسلامية ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، دارالنوادر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨ م، ص ٩٨.

وذلك لظروف عديدة تتعلق بالوضع السياسي والإداري في البلاد. وكانت (بنوك) الادخار المصري تقدم القروض على نوعين:
الأول: قروض بدون فوائد، يقدمها للمحتاجين.

والثاني: قروض استثمارية، يكون المصرف شريكا فيها. وكانت الضمانات لهذه القروض شخصية فقط، وسجل بعض الباحثين الغربيين الذين درسوا تجربة (بنوك) الادخار المصرية: أنه لم يتخلف أحد عن سداد ما عليه من دين للمصرف شعورا منهم بأن هذا البنكملك لهم جميعا^(١). وفي نفس العام أي ١٩٦٣ م كانت هناك تجربة في باكستان لتحويل (بنك) ربوي إلى مصرف إسلامي لكنها لم تستمر إلا لعدة أشهر، وهذا لعدم توفر الرؤية الواضحة المتكاملة، وعدم وجود فريق العمل الذي يمكنه من نقل النظريات إلى واقع^(٢). فالتجربة الأولى فشلت لظروف خارجة عن المصرف، والتجربة الثانية في باكستان فشلت لعدم وجود الجاهزية لهذا المصرف، أي أنها عوامل داخلية في المصرف ذاته.

المرحلة الثانية: تم افتتاح أول مصرف إسلامي في دبي في العام ١٩٧٥ م، ولحقه مباشرة مصرف فيصل الإسلامي في مصر، وبيت التمويل الكويتي في الكويت في العام ١٩٧٧ م، ثم أعقبها البنك الإسلامي الأردني للتمويل في العام ١٩٧٨ م^(٣). وهذه التجارب كتب لها النجاح والاستمرار بفضل الله وهي في تطور مستمر.

(١) انظر : د. احمد عبدالعزيز النجار، بنوك بلا فوائد، الدار السعودية للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٤ هـ، ص ٨٦.

(٢) انظر : د. محمد محمود المكاوي، مستقبل البنوك الإسلامية في ظل التطورات الاقتصادية العالمية، د. ن، د.م، د.ط، ٢٠٠٣ م، ص ٢٩٤.

(٣) انظر : د عبدالرزاق رحيم الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، ١٩٩٨ م، ص ١٧٧.

المؤسسون للمصارف الإسلامية :

إذا نظرنا إلى المؤسسين للمصارف الإسلامية نجدهم مزيجاً من:

- ١- الراغبين في مصرفية إسلامية من رجال الاقتصاد وأصحاب رؤوس الأموال.
- ٢- المتخصصين الشرعيين في فقه المعاملات وفي الاقتصاد الإسلامي.
- ٣- المصرفيين، فبلا شك أن جانب المعاملات المصرفية ساهم في تأسيسه وتطويره أفراد ممن عملوا في المصارف الربوية، وخبرتهم كلها في تلك النوعية من المصارف، وهؤلاء كان لهم دور إيجابي في التأسيس، لكن في الوقت ذاته كان لهم دور في دخول الفكر المصرفي الربوي على التجربة؛ بحكم المعاشة الطويلة معه.

ثانياً: غاية المصرفية الإسلامية تحقيق مقاصد الشريعة في المال:

إن أهم غايات الاقتصاد الإسلامي تحقيق مقاصد الشريعة من المال، وتحقيق ذلك لا يعني أبداً تحقيق صورة الاقتصاد وظاهره الموافق للشريعة مع مخالفته لها في حقيقة الأمر، وحيث كانت المصارف الإسلامية من أهم أدوات تحقيق الاقتصاد الإسلامي، كان لا بد أن تعنى بتحقيق مقاصد الشريعة في المال، وهي تتحمل مسؤولية ذلك، إذ إنها بحملها لراية المصرفية الإسلامية التزمت ضمناً أمام الله تعالى وأمام المسلمين بمسؤولية تحقيق المقاصد الشرعية في المال، وهي مسؤولية كبيرة ولا شك، وكذلك تتحمل دورها في تنمية المجتمع الإسلامي والارتقاء باقتصاده بما يتوافق والشرع^(١)؛ لأن حمل شعار المصرفية الإسلامية يترتب عليه مغرم ومغنم، فالمغرم: تحمل مسؤولية الالتزام بالجوانب الشرعية والالتزام بها كثوابت مهما تكن المغريات، وتقديم ما فيه مصلحة وتقديم لاقتصاديات تلك المجتمعات، أما المغنم: فهو ما نشاهده من إقبال كبير من المسلمين على هذه المصارف^(٢).

(١) انظر: د صالح العلي، المؤسسات المالية الإسلامية، مرجع سابق، ص ٥٠٥.

(٢) د عبدالرزاق رحيم الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٢٠١.

فهم المقاصد الشرعية في المال أساس لبناء المصرفية الإسلامية :

تم سابقا ذكر المقاصد الشرعية في المال، ولا بد أن تكون غاية المصارف الإسلامية تحقيق تلك المقاصد، ومن أهمها: مقصد الرواج والعدل والوضوح، لتعلقها المباشر بأعمال المصارف، فمتى فهمنا المقاصد الشرعية للمال في الإسلام فنستطيع بواسطة الفقه الإسلامي الواسع والقواعد الحاكمة للتعاملات المالية أن نقيم مصرفية إسلامية منضبطة، ومحققة لاحتياجات الناس، بحيث يستحق أن يقال عنه إنه اقتصاد إسلامي قلبا وقالباً.

وسائل تحقيق المصارف للمقاصد الشرعية في المال:

لتحقيق المصارف للمقاصد الشرعية في المال لا بد من أن تراعى الأصالة في هذه المصارف، وأقصد بها الأصالة في الرؤية والأهداف، من منطلق تحقيق المقاصد الشرعية. ولا يتحقق هذا إلا بفهم مقاصد الشريعة في المال، وسبل تحقيق ذلك ووسائله، ولا يتحقق هذا إلا بترك التقليد لنموذج البنوك الربوية، لأنه من أسباب ضياع الهوية المميزة للمصرف الإسلامي، ولا مانع من الاستفادة من تجارب تلك البنوك ومن الخدمات التي تقدمها، لكن هذا لا يقتضي أن ينافسها المصرف الإسلامي بتقديم الخدمة ذاتها مهما يكن، فإن تقديم البنك الربوي للفوائد على الودائع لا يمكن لأي تكييف فقهي للمسألة أن يبرر للمصرف الإسلامي دفع فوائد محددة على الودائع، مع ضمان رأس المال بأي مسمى كانت، وهو المنزلق الذي وقع فيه البعض^(١).

الفرع الثاني: مسؤولية المصارف الإسلامية تجاه عملائها:

تم ذكر مسؤولية المصارف في تحقيق مقاصد الشريعة في المال، من الرواج والعدل، فهذا المقصد الأول ولا شك، ويتبع ذلك مسؤوليتها أمام العملاء، وهو ما سنتطرق إليه.

(١) انظر: د رفيق المصري، بحوث في المصارف الإسلامية، دار المكتبي، دمشق، الطبعة الأولى، ٢٠٠١

م، ص ١٨٦ و ٣٥٢.

أولاً: مسؤولية المصارف تجاه العملاء:

لا بد من أن نقر بأن مقصد الناس من التعامل مع المصارف الإسلامية شرعية المعاملة بالدرجة الأولى، فهدف العملاء من قصدهم المصارف الإسلامية ليس سهولة التعامل أو قلة نسبة المربحة أو الفائدة التي يأخذها المصرف، لأنه من الواضح أن المصارف الربوية أسهل في إنجاز المعاملة، لأنها توفر النقد بشكل مباشر دون عقود مبيعات وسيطة، وكذلك فيما يتعلق بالفائدة المحسوبة فإنه غالباً ما تكون الفائدة الربوية أقل من الأرباح في المعاملات لدى المصارف الإسلامية، فالخدمات المقدمة من المصارف الإسلامية والمشاركة في التنمية للمجتمع المسلم لا بد أن تكون ملتزمة بالشرع، وإلا فلا فرق بينها وبين البنوك الربوية^(١)، فقصد الناس للمصارف الإسلامية هو طلب المعاملة الحلال، أو الجائزة شرعاً، وهذا ما تثبته الكثير من الإحصائيات التي عملت بواسطة استبانات لعملاء مصارف متنوعة، ففي الاستبانة التي أعدها الباحث عبدالرحمن بن حامد الحامد ظهر ما يأتي:

١- إن نسبة العملاء الذين قدموا ثقتهم بشرعية المعاملة كسبب لاختيار مصرف ما في التعامل أكثر من نسبة العملاء الذين كان سبب الاختيار لديهم موضوع نسبة المربحة أو الفائدة التي يأخذها المصرف، فالسبب الأول لارتياحهم توخي المصرف للشرعية، حتى لو كانت نسبة المربحة أو الفائدة لدى غيره من المصارف الإسلامية الأخرى أقل.

٢- ظهر في نفس الاستبانة ثقة الناس بما تدعيه أو تقوله المصارف الإسلامية وهيئاتها فقد ظهر في الاستبانة أيضاً أن نسبة خمسة وسبعين بالمائة (٧٥٪) من العملاء استقت شرعية المعاملة من خلال إعلان المصرف عن ذلك، ولثقتها بوجود هيئة شرعية للمصرف

(١) انظر: د صالح العلي، المؤسسات المالية الإسلامية، مرجع سابق، ص ٥٤٠.

أفتت بجواز المعاملة، و فقط خمسة وعشرون بالمئة (٢٥ ٪) التي تتبعت جواز المعاملة بنفسها^(١).

ثانياً: التفريط بهذه المسؤولية خيانة للأمانة :

بعدها ثبت أن قصد الناس من تعاملهم مع المصارف الإسلامية طلب المعاملة الشرعية الجائزة، فإن هذا يضع المصارف الإسلامية أمام مسؤولية دينية وأخلاقية تجاه عملائها، فلا يعقل أن العملاء رضوا بالدون من أمور الدنيا ؛ وأقصد به صعوبة المعاملة وارتفاع نسبة المربحة أو الفوائد، ثم يثبت أن المعاملة لم تكن شرعية ابتداء ! فهذه من جنس خيانة الأمانة وخداع الناس. وإن مثل هؤلاء العملاء لا يكاد يوجد مثلهم في عالمنا المادي، فأين يمكن أن تجد عملاء يرضى الواحد منهم بوضع نقوده دون طلب أي فوائد عليها، ويرضى بدفع مبلغ للمرابحة أعلى مما يطلبه مصرف آخر طلباً للحلال، مما حدا بالبعض للقول إن عملاء المصارف الإسلامية لا يحلم بمثلهم عملاء المصارف الربوية^(٢)، بل أثبتت الإحصائيات عدم تحولهم عن المصرف الإسلامي حتى لو كانت الخدمات المقدمة منه رديئة!^(٣) لذا فإن من المؤسف أن يظهر لاحقاً التفريط من قبل بعض المصارف الإسلامية في الأمانة والثقة، والمؤسف أكثر تهاون بعض الهيئات الشرعية في واجب النصح للمسلمين، ولا يعفي تلك الهيئات من ذلك قصدهم التسهيل والتيسير على الناس، أو قصد تقديم الخدمات المصرفية بشتى أنواعها، فإن من قصد وتوجه من العملاء إلى المصرف الإسلامي باعتنه على ذلك طلب

(١) انظر: عبدالرحمن بن حامد الحامد، تجربة البنوك التجارية السعودية في بيع المربحة، دار بلنسية، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣ م، ص ٤٤٦.

(٢) انظر: د. محمد الروبي، بيع المربحة للواعد الملزم بالشراء، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٣) انظر: يوسف كمال محمد، المصرفية الإسلامية الأزمة والمخرج، دار الوفاء للنشر، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٩٦ م، ص ١٦٢.

الحلال، وعليه فيجب على المصرف مراعاة ذلك لأقصى درجة، حتى لو أدى ذلك لخسارة بعض العملاء أو عدم قيامه ببعض الخدمات.

وكذلك فإن من المسؤولية الأخلاقية عدم استغلال الجانب الشرعي لتحقيق المزيد من الأرباح، فإن الرغبة في التعامل مع المصارف الإسلامية شجع البعض على المبالغة في على المعاملات قبل إجرائها، وكونه يشترط أرباحاً في معاملات المرابحة أكثر من (البنوك) الربوية، طمعا في رغبة العميل في التعامل مع مصرف إسلامي، أو استغلالاً لحاجته، وهذا كله يخل بلا شك في المقاصد التي لأجلها أنشئت هذه المصارف، وينفر الناس من التعامل معها، والأحرى بالقائمين عليها تحمل المسؤولية الأخلاقية تجاه العملاء في التوسط والمعقولة في الأرباح وفي الرسوم، كل هذا دعا بعض المهتمين إلى التحذير من استغلال الشعارات الإسلامية والمتاجرة بها باسم المصارف الإسلامية^(١).

الفرع الثالث: جهود الفقهاء المعاصرين ومسئولياتهم في توجيه المصارف:

لا شك في وجود جهد مشكور للفقهاء المعاصرين في تنقية معاملات المصارف الإسلامية من شائبة المعاملات المشبوهة أو الحيل المنوعة، وإن تظافر جهود المهتمين بالمصارف الإسلامية والقائمين عليها، وجهود الجهات الفقهية المعنية بالمصارف في المتابعة والرقابة والتوجيه والتطوير لأعمالها تؤدي إلى تدارك الأخطاء، ووقف التعامل بأي صيغ مخالفة لظاهر أحكام الشرع أو مقاصده. وفي الوقت ذاته تبتكر حلول شرعية ومخارج تضيف أبواباً وسبلاً للمعاملات الشرعية، ومن ذلك أنه يشاهد في كل دورة من دورات المجمعيات الفقهية المختلفة، ويتم مناقشة المعاملات والصيغ المستحدثة، مع الإعداد المسبق لها من قبل الفقهاء المختصين، وقد يتخذ فيها قراراً يخالف ما هو متعارف عليه

(١) انظر: د محمد رامز العزيمي، بعض المخالفات الشرعية في استثمارات البنك الإسلامي الأردني،

دار عمار للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠ م، ص ١٠.

لدى بعض المصارف الإسلامية، ويصدر منها قرارات ملزمة لتلك المصارف بالتخلي عن هذه المعاملات الممنوعة. ومن أمثلة ذلك قرار المجمع الفقهي المنعقد في موضوع التورق المنظم، أو التورق المصرفي، مما يؤكد جدية المجمع الفقهية في تنقية أعمال المصارف من شوائب المعاملات الممنوعة والمشبوهة^(١).

أهمية وجود جهات مستقلة تشرف على المصارف الإسلامية:

إن وجود الهيئات الشرعية المحايدة المستقلة من أهم الأمور التي ساهمت في تنقية المصارف من المعاملات المشبوهة، فقد حذر بعض المهتمين من وجود هيئات للإفتاء في بعض المصارف الإسلامية تابعة لإدارة المصرف، وأنها لم تفقه دورها فظنت أن دورها في إيجاد حلول لتلك الجهات الإدارية بواسطة الحيل الفقهية وغيرها لإمرار المعاملات الممنوعة. إن وجود المستشار الشرعي الدائم في المصرف له دور ولا شك في الرقابة، وفي المسائل الفرعية، و لكن لإجازة الصيغ الرئيسية في التعاملات أو التمويل لا بد من جهات خارجية مستقلة تتولى أمر ذلك، خروجاً من كل ما سبق^(٢).

المطلب الثاني

دخول الحيل الفقهية على أعمال المصارف الإسلامية

إن دخول فقه الحيل على بنية أعمال المصارف الإسلامية أمر ملاحظ ومشاهد، ومن فهم موضوع الحيلة الفقهية يصعب عليه إنكار ذلك، ولذلك حذر الكثير من الفقهاء المعاصرين صراحة من هذا الأمر، ونستعرض في هذا المطلب أهم أسباب دخولها على المصارف الإسلامية، وجوانب العمل المصرفي الذي استخدم فيه فقه الحيل.

(١) سنورد هذه القرارات في الفصل الخامس صفحة ٣١٠.

(٢) انظر : د عطية فياض، التطبيقات المصرفية لبيع المرابحة في ضوء الفقه الإسلامي، دار النشر للجامعات، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٩٩ م، ص ١٨٨.

الضرع الأول: حقيقة الفرق بين المصرف الربوي والمصرف الإسلامي:

قبل الدخول في موضوع دخول الحيل على المصرف الإسلامي ؛ لا بد أن نوضح حقيقة الفرق بين المصرف الإسلامي والمصرف الربوي، وذلك ببيان المبادئ والأسس التي قام عليها كل منهما، إذ بضدها تتميز الأشياء.

حقيقة المصرف الربوي:

المصرف الربوي أو كما يسمى أيضا بالمصرف التجاري ؛ هو ذلك المصرف الذي تدور معاملاته على الفائدة. والحقيقة أن المصرف الربوي أنشئ لأجل ذلك، فهو ابن الفائدة كما يعبر عنه^(١)! والفائدة هي ثمن لرأس المال يعود عليه مقابل إقراضه، فيحصل عليها رأس المال دون جهد أو مخاطرة^(٢).

وحقيقة عمل المصرف الربوي أنه يتاجر في القروض والديون، أو ممول بفائدة، فليس الاستثمار بشتى أنواعه كالشراكات وغيرها أو المتاجرة بالسلع من عمله إلا ما ندر، فهو تاجر ديون في الأصل، وأهم مبادئه البعد عن المخاطرة، لذا لا يدخل في الشراكات أو المضاربة أو المتاجرة خوفا من الخسارة، بل هو يقترض بفائدة لمن يثق في استرداد أمواله منهم فقط^(٣). وقد ذكرت بعض الإحصائيات أن تعامل المصرف الربوي بالاستثمار أو المتاجرة لا يتجاوز واحدا بالمائة (١ %) لدى بعض المصارف!^(٤).

حقيقة المصرف الإسلامي:

سبق تعريفنا للمصرف الإسلامي وذكرنا أن حقيقته: بأنه مصرف استثماري، أي ينمي أمواله بالاستثمار، فيستثمر في الشراكات بأنواعها وبالتجارة في السلع بأنواعها،

(١) انظر: د رفيع يونس المصري، بحوث في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٢.

(٢) انظر: د محمد صالح عبدالقادر، نظريات التمويل الإسلامي، مرجع سابق، ص ٧٩.

(٣) انظر: د على السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٩٥.

(٤) المرجع نفسه، ص ٢٠٠.

وبالخدمات المصرفية كالحوالة ونحوها، فليس هو تاجر في الديون أو القروض، ونمط التجارة والشراكات التي يقوم بها فيها شيء من المخاطرة ولا شك، لكن هذه المخاطرة من طبيعة التجارة الشرعية، وليست من قبيل المجازفات، فأهم مبادئ المصرف الإسلامي يمكن تلخيصها في أمرين، الأول: تركه للربا، والثاني: دخوله في التجارة والشراكات^(١).

فيظهر الفرق الحقيقي بينهما في كون الأول تاجرا في الأموال، والثاني مستثمرا في التجارة والشراكات المختلفة، فالمصرف الإسلامي يتعرض للمخاطر الطبيعية الناتجة عن التجارة والشراكات، أما المصرف الربوي فهو تاجر ديون لا يتعرض لتلك المخاطر، ومما سبق ندرك أن أي تشبه من المصرف الإسلامي بأعمال المصرف الربوي يكون على حساب دوره الرئيس ومفهومه الأصلي كمستثمر وتاجر^(٢).

الفرع الثاني: دخول الحيل على المصارف الإسلامية وأسباب ذلك:

بداية دخول الحيل على المصارف الإسلامية:

لقد تم التوضيح سابقا أن أساس نشأة المصارف الإسلامية كانت على مبدأ الاستثمار بالمتاجرة في السلع أو الدخول في الشركات، فلما أرادت أن تحقق أمرين:

١ - التوسع في خدمات التمويل لعملائها.

٢ - تقليل المخاطر المترتبة على تلك العمليات لأقصى درجة ممكنة.

فبرغبتها في الجمع بين الأمرين السابقين كأنها أرادت الجمع بين الاستثمار والربا! أو الجمع بين المصرفية الربوية التي حقيقتها التجارة بالديون والمصرفية الإسلامية التي حقيقتها التجارة بالسلع، وذلك بأخذ أفضل ما في الاثنین مع قالب شرعي للمعاملة أو لصيغة التعامل، وكان ذلك بمحاولة المتاجرة والمشاركة في قالب ربوي يضمن تقليل

(١) انظر: د رفيق المصري، بحوث في المصرفية الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٢) انظر: د علي السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٤٣٢ و ٤٣٥.

المخاطرة لأقصى حد^(١)، ولأن هذا لا يتأتى في المصرف الإسلامي فقد استدعي فقه الحيل، بل يمكن القول أنها نفخت في الروح بعد دهر من السبات، فإن فقه الحيل لم يلق على مر العصور اهتماما يماثل ما لقيه من بعض المهتمين بالمصارف الإسلامية في زماننا المعاصر، ومن فقهاء متمين إلى سائر المذاهب الأربعة بلا فرق.

أول صيغة معاملة في المصارف الإسلامية جمعت بين المسلكين:

وأقصد بها صيغة المرابحة للآمر بالشراء مع الوعد الملزم، فقد كانت هذه الصيغة بداية التحول في مسيرة المصارف الإسلامية من مستثمر إلى تاجر يشبه في أعماله المصارف الربوية المتاجرة بالأموال. وقد لقيت تلك صيغة المرابحة للآمر بالشراء مع الوعد الملزم معارضة من بعض المهتمين بالمصرفية الإسلامية؛ لأنهم رأوا فيها بداية انحراف في عمل المصرف الإسلامي، وحذروا من أنها ستطغى على كل معاملات المصرف الإسلامي^(٢)، فالصيغة جمعت في حقيقتها بين عمل التاجر وعمل المصرف لأول مرة. و واقع الأمر أن مأخذي منه قد وقع فعلا، فتحولت مسيرة المصارف الإسلامية من مشاركات وتجارة إلى مداينات بصيغ مختلفة، مداينات ظاهرها التجارة أو الشراكة وتشبه في حقيقتها ما يقوم به المصرف الربوي من تمويل ربوي^(٣).

وبعد أن وقفنا على نقطة التحول التي بدأت منها المصارف تتحول إلى نشاط المداينات في صورها الكثيرة فإن إعداد صيغ تحقق صورة أو هيئة المتاجرة و جوهرها تمويل مالي؛ هي ذاتها المداينة بالفائدة التي تقوم بها المصارف الربوية^(٤).

(١) انظر: د رفيق المصري، بحوث في المصرفية الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٢) انظر: ما ذكره د يوسف كمال من تحذير من هذا التحول باعتقاد صيغة المرابحة، المصرفية الإسلامية، ص ٩٥.

(٣) انظر: د رفيق المصري، بحوث في المصرفية الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٢.

(٤) انظر: د. رفيق المصري و بحوث في المصرفية الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٥.

أهم أسباب دخول الحيل على معاملات المصارف الإسلامية:

- ١- عدم التفرقة بين الحيل الممنوعة والمخارج الجائزة، أو الخلط الكبير بينهما، والاستناد إلى الحيل الفقهية في تأسيس المصرفية الإسلامية وكأنها منهج شرعي في الإفتاء والاجتهاد، وهذا الخلط وقع فيه بعض من ألف في الحيل الفقهية، حيث أطلق عليها ابتداءً: «الحيل الشرعية»^(١)، وهذا يوجد الوهم لدى القارئ غير المتخصص ولا شك.
 - ٢- حداثة تجربة المصارف الإسلامية، فهي حتى يومنا هذا تعتبر تجربة حديثة مقارنة بالبنوك الربوية، وبلا شك فإن أي تجربة جديدة تأخذ وقتها في النضج و تدارك الأخطاء.
 - ٣- الرغبة في منافسة البنوك الربوية، ومحاولة الوصول بالمصارف الإسلامية إلى نماذج مشابهة للربوية، تنافسها في الخدمات المقدمة.
 - ٤- الرغبة في إيجاد صيغ في التعامل تلي رغبات المؤسسين والمتعاملين، فعليه تم اعتماد صيغ في التمويل ظاهرها موافق للشريعة، لكنها كانت في حقيقتها و في مآلها مشابهة لأعمال المصارف الربوية.
 - ٥- عدم وجود الخلفية الشرعية الكافية في الأحكام الشرعية، ولا الإدراك للمقاصد الشرعية في المال لدى كل من ساهم في التأسيس من المستثمرين المؤسسين والمصرفيين، بل وحتى لدى بعض الهيئات الشرعية التي أسست للمعاملات المصرفية الإسلامية الحديثة، وهذا الأمر من طبيعة التأسيس الذي لا يخلو من أخطاء وملاحظات ويتم تلافيها بالتدريج.
- ومن الإنصاف أن نذكر هنا أن من مجموع اجتهادات تلك الهيئات الشرعية يتم اليوم تنقيح تطوير وتنقيح معاملات المصرفية الإسلامية، فلتلك الجهات والشخصيات والهيئات فضل السبق وأجر التأسيس في هذا المجال ولا شك .

(١) مثل كتاب الأستاذة : نشوة العلواني، الحيل الشرعية بين الحظر والإباحة، دار اقرأ، سوريا، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢ م.

٦- استمرار وجود شيء من الملاحظات على بعض الهيئات الشرعية حيث قد يوجد بين أعضاء تلك الهيئات أصحاب تخصصات لا علاقة لها بالفتوى والاجتهاد في الفقه الإسلامي كتخصص الاقتصاد الإسلامي، الذي هو مغاير لتخصص الفقه ولا شك! وإن كان وجوده مطلوباً في تلك الهيئات لكن هذا لا يعني أن يكون هو جهة لإصدار الفتوى الشرعية في حكم المعاملة^(١). فكل ما سبق أدى إلى بروز فقه الحيل الفقهية كمسلك لتحليل التصرفات التي يراد بها توسيع وتنشيط تعاملات المصرف^(٢).

الفرع الثالث: العقود التي يتحيل عليها في المصارف الإسلامية:

بعد بيان أسباب دخول الحيل على المصارف، نتناول العقود التي دخلت الحيل عليها في المصارف الإسلامية، وسبب توسع المصارف في الحيل.

أولاً: العقود التي يتحيل عليها في المصارف الإسلامية:

١- التحيل على العقود الربوية، وهو واضح لأنها مدار عمل البنوك الأصلية.
٢- التحيل على عقود مشتملة على ممنوع شرعي يبطل العقد، كبيع ما لا يملك.
فليس كل التحيل يدور على الربا، إذ ليس كل الحرام هو الربا، لكن لكون أعمال البنوك الربوية تدور على الربا بطبيعة الحال كان التحيل فيه أكثر. وحتى يستقيم عمل المتحيل على الربا فلا بد من أن يتحيل على المنع الشرعي لبعض العقود والبيوع لئلا يبطل العقد لوجود الفساد أو البطلان في جزء منه، لذا كان التحيل عليها مكملًا ومتممًا للتحيل على الربا، ومن ذلك التحيل على بطلان بيع ما لا يملك بشتى الطرق التي يريد المصرف أن يظهر تملكه للسلعة قبل إعادة بيعها، مع عدم التزامه بأحد أركان ثبوت التملك؛ وهو

(١) انظر: شوقي دنيا، الشبهات المعاصرة لإباحة الربا، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٢) انظر: د. عطية فياض، التطبيقات المصرفية لبيع المرابحة، مرجع سابق، ص ١٨٨.

الضمان للسلعة، ويقاس عليه: عدم الحيازة للمبيع وغيره، وتبرير ذلك بمبررات عديدة منها تغير الزمان وأثره على بعض الأحكام^(١).

ثانياً: أنواع الحيل الفقهية الممنوعة التي تمارس في المصارف:

هناك العديد من الممارسات والمعاملات المبنية على الحيل بشتى أنواعها، وأهمها:

- ١- تغيير مسمى المعاملة إلى مسمى شرعي، مع مضمون مخالف للشرع ومغاير لمسمى المعاملة أيضاً، كتسميتهم للودائع المحرمة بوديعة شرعية!^(٢).
- ٢- ضم عقود إلى أخرى، للخروج بعقد يتوافق مع الاحتياج، كضم عقد الإيجار للبيع.
- ٣- التلفيق بين آراء المذاهب، أو بين أقوال الفقهاء، والجمع بينها للخروج بعقود وصيغ تمويل تواكب احتياج المصارف.

الضلع الرابع: محاولة تسويق وتبرير الحيل الممنوعة:

الملاحظ أن من يعمل بمنهج الحيل ويؤسس المصرفية بناء على قواعدها لا يصرح بأنه يتبع منهج الحيل في الإفتاء، بل إن البعض يطبق منهج الحيل مع أنه لا يقر هذا المنهج من الناحية النظرية، كحال سائر أتباع المذهب المالكي أو الحنبلي! وهنا تظهر أهمية وجود قرائن تشير إلى وجود التحيل؛ لأن البعض ينفي وقوعه بالحيل الممنوعة ابتداءً أو استخدامه لهذا المنهج، ويدعي أن الصيغ التي يفتي بها مخارج شرعية في المعاملات المختلفة؛ فقرائن معرفة إرادة التحيل تدل على وجود الحيل. ونذكر هنا أهم المبررات التي تذكر لتسويق وتسويق الحيل في المعاملات:

(١) انظر: د يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للأمر بالشراء، مرجع سابق، ص ١٩.

(٢) انظر: شوقي دنيا، الشبهات المعاصرة لإباحة الربا، مرجع سابق، ص ٤٤.

المسوغ الأول للحيل الربوية: ادعاء موافقتها لشيء من المقاصد:

يحاول بعض الباحثين تسويق الحيل الربوية بدعوى توافقتها مع المقاصد الشرعية، وذلك بأحد أمرين:

الأول: بدعوى موافقتها للمقاصد؛ لكون الحيل تسهل وتيسر أمور الناس وهو مقصد شرعي بلا شك، لكنه يستخدمه في غير مكانه؛ فمثلاً يسوغ البعض الحيلة بناء على مقصد العدل في المال، ويربط مقصد العدل بمراعاة التضخم في الاقتصاد، أي فقدان النقود لقيمتها الشرائية، وعليه يميز الربا أو الحيل الربوية بدعوى تحقق مقصد العدل بها.

والأمر الثاني: تحريف المقاصد أو التلاعب بها وتوجيهها بما يخدم فكرة التحيل؛ وذلك بتضخيم بعض المقاصد التابعة أو الخاصة حتى تتوافق مع الحيل الربوية بأي صورة كانت، كالادعاء بتحقيق مقصد استقرار المعاملات في بعض الحيل الربوية^(١).

وقد مر معنا مقاصد الشارع في منع الربا، والنصوص في المنع صريحة وقطعية، ولن تجد شيئاً توعد الله فيه بالعقاب كتوعده سبحانه وتعالى للمرابين، وقد صور القرآن حال المرابين بأنهم: ﴿كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾^(٢)، لذا فإن أي محاولة لتوجيه المقاصد الشرعية في المال بما يتوافق مع الحيل الربوية، أو دعم منهج الحيل بقاعدة جلب المصالح وتحقيق احتياج الناس، أو الاستشهاد والتبرير بفقده الضرورة وأنها تبيح المحظورات، فإن حشد كل ماسبق يراود به التبرير لوضع قائم أو مشاكل معاصرة ناتجة من تأثير المجتمع بحضارات أخرى في نمط العيش أو الاستهلاك والتي تم حلها في تلك الحضارات بالقروض الربوية أو بما يتوافق مع مبادئ تلك الحضارات، مما يجعل كل ما

(١) انظر: د. مسفر القحطاني، مناهج الفتيا، دار الأندلس الخضراء، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م،

ص ٤٧.

(٢) سورة البقرة، الآية [٢٧٥].

سبق من تبريرات يصب في مصلحة تلك الاتجاهات الفقهية والاقتصادية التي تركز الواقع الربوي في عصرنا أيا كان مساهم، ولا تستجلب المخارج والحلول الشرعية للمشكلة^(١). إن كل محاولات تسويغ الربا والتحيل عليه بدعوى تحقيق المصلحة لن يحقق إلا مقاصد ثانوية أو تابعة، وتفوت في المقابل لمقاصد أهم بتلك الحيل، فكل تلك المقاصد والمصالح المدعاة تتناقض مع المقاصد الأصلية التي لأجلها حرم الربا وكل ما يؤدي إليه.

المسوغ الثاني للحيل: ادعاء تفضيلها على الوقوع في صريح الربا:

إن مما تسوغ به الحيل الادعاء بأن الحيل مع ما فيها من شبهة هي أفضل وأخير للناس من الوقوع في صريح المحرمات كالربا، وهذه من الدعاوى التي يصرح بها حيناً ويعرض بها حيناً آخر، لكن لا يشك أحد في وجودها في ذهنية بعض الفقهاء والاقتصاديين الداعين للتساهل في إمرار الحيل في معاملات المصارف، وهي من أسباب التساهل الكبير في الأخذ بالحيل في المصارف الإسلامية. وهذا المبرر يرد عليه شناعة الحيل لدى الشارع، وعقوبته تعالى لمستحلي الحيل كما لم يعاقب من تجرأ على المحرمات المماثلة، كما في قصة أصحاب السبت، فالعصيان موجود لدى الأمم بمستويات مختلفة، لكن تلك القرية عوجلت بسبب التحيل وليس بسبب المعصية، وعليه فإن الحيل على الربا ليست أقل من الربا الصرف، بل هي أشنع! بل ذهب بعض الفقهاء المعاصرين في معرض ردهم على مثل هذه التبريرات إلى القول: إن التبرير للحيل الربوية أفضل من صريح الربا كمن يقول إن نكاح المتعة خير من الزنا^(٢). فهذا المسوغ لا يمكن أن يكون مبرراً لتجوير الحيل، لما

(١) انظر: د رفيق المصري، بحوث في المصرفية الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٥٠ و ٣٥٤.

(٢) انظر: د. علي السالوس، العينة والتورق والتورق المصرفي، أعمال و بحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، د. ط، د. ت، ج ٢/ ص ٤٩٠؛ د. سامي السويلم، التورق والتورق المنظم، مرجع الدورة نفسها، ج ٢/ ص ٦١٩.

سبق ذكره. وتأكيدا لما سبق بمنع التبرير للحيلة بوجود الحاجة إليها كمخرج، فإننا إذا افترضنا عدم وجود المخرج الشرعي في مسألة ما فإن هذا يعني أن الحرمة قطعية في هذه المعاملة، ومقصد الشارع بمنعها من كل جهة، لذا سد الشارع أبواب التذرع إليها، أي أن المسألة ممنوعة شرعا بالنص الشرعي ولما قضتها لمقاصد الشارع، فمن الجهل بالشرع والافتيات عليه أن نتصور في مثل هذه الحالة أن تكون الحيلة المحرمة في نفسها هي المخرج السائغ شرعا للتناقض الكبير في ذلك.

المطلب الثالث

أثر دخول الحيل الفقهية على المصارف الإسلامية

وفيه فروع:

الفرع الأول: محاكاة المصرف الإسلامي لأعمال البنك الربوي:

أولاً: الحيل الفقهية وسيلة المحاكاة للمصارف الربوية:

سبق بيان الكيفية التي دخلت بها الحيل على المصارف الإسلامية، حتى أنه يصدق القول: إن المصرفية الإسلامية أيقظت فقه الحيل الفقهية بعد طول سبات! لذا كان لدخول فقه الحيل أثر كبير في طمع العاملين في المصارف الإسلامية في محاكاة أعمال المصارف الربوية، خصوصا من لم يفقه منهم حقيقة الحيل الفقهية وحكمها، والفرق الكبير بينها والمخارج الشرعية، فتم استدعاء فقه الحيل لتلبية حاجة التوسع في عمليات المصارف الإسلامية، وللبداء من حيث انتهى الآخرون، وأعني بهم البنوك الربوية لأنها أقدم في الأعمال المصرفية، وكانت فكرة محاكاة أعمال البنوك الربوية بحيث تقدم المصارف الإسلامية ذات الخدمات والمعاملات لكن بصورة موافقة للشريعة، أو في قالب إسلامي، وكانت تلك أهم وسائل المنافسة وتوسيع أعمال المصارف الإسلامية. وهذا سبب رئيس في إنتاج خدمات مصرفية، هيئتها و صورتها موافقة للشرع، لكن مآلها معاملات مشتملة

على فوائد ربوية، لأنها اشتقت من صيغ ربوية في الأصل^(١). وكانت الوسيلة التي يلجأ إليها لتحقيق ذلك هي الحيل الفقهية، حيث إنها تحقق صورة الفعل الشرعي، مع عدم لزوم توافقها مع المقاصد. بينما كان الأولى استدعاء المخارج الشرعية لأنها تتوافق ظاهراً وباطناً مع الشريعة الإسلامية، مما دعا الفقهاء المعاصرين إلى التحذير من انزلاق المصارف الإسلامية في الحيل الممنوعة، بل ذكر بعضهم أن بعض الجهات الاستشارية كانت تعتقد أن عملها هو صناعة الحيل الفقهية التي تنمي أعمال البنوك^(٢).

ومن ذلك ما قاله أحدهم عن المصارف الإسلامية: «على من ينشئ مصرفاً إسلامياً أن يطبع نماذج مخصوصة للقروض، ونماذج أخرى للحيلة الشرعية، حتى يكون عقد القرض خالياً من ذكر المنفعة، وهو أمر سهل جداً»^(٣).

وهذا التوصيف المغلوط لفكرة المصرفية الإسلامية ينبئ عن جهل تام بالشريعة وبمقاصدها في المال، و جهل بالتوافق ما بين المقاصد والمعاملات.

ثانياً: إشكال تقليد نموذج البنك الربوي في معاملاته وخدماته:

إن الداعي لتناول هذا الموضوع ما يلاحظ من إرادة البعض تحقيق نموذج مصرف إسلامي مشابه لنموذج المصرف الربوي، وذلك في المعاملات والصيغ التي يجريها، وفي بعده عن مخاطر الخسارة أياً كانت، أي المحاكاة في مبادئ وأساسيات العمل المصرفي الربوي. لذلك تمت محاولات إيجاد عمليات مصرفية مشابهة لعمليات البنوك الربوية ولكن بصورة شرعية، وخير مطية لذلك هي الحيل الفقهية.

(١) انظر: د. عبدالله بن محمد السعيد، التورق كما تجر به المصارف في الوقت الحاضر، أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، د. ط، د. ت، ج ٢/ ص ٥٣٥.

(٢) انظر: د. عطية فياض، التطبيقات المصرفية لبيع المرابحة، مرجع سابق، ص ١٨٨.

(٣) هو حفيظ ناصيف، في محاضرة له ألقاها في القاهرة في العام ١٩٠٨ م، نقلاً عن: د. رفيق يونس المصري، الجامع في أصول الربا، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩١ م، ص ١٧٩.

إن كثيرا من الملاحظات الشرعية على المعاملات التي تجريها المصارف الإسلامية، والتي تدخل فيها الحيل المحرمة تدور على محاولة إجراء خدمات مصرفية بعمليات وتصرفات مشابهة للمصارف الربوية وتحت مبادئ الاستثمار الربوي نفسها، وكيفية ذلك أن يؤخذ نموذج معاملة لدى المصرف الربوي ثم يجتهد بعض الخبراء الماليين وبعض المستشارين الشرعيين في إيجاد صيغة شرعية لهذا التعامل، أو ما يعبر عنه بالقلب الجاهز للمعاملة، لكن الأمر ليس بهذه الكيفية، إذ إن تحقيق شرعية المعاملات في الظاهر والصورة أمر مطلوب، و لكن الأهم توافق هذه المعاملات مع الأحكام الشرعية والمقاصد الشرعية، وخلوها من التحيل المحرم، ويبدو أن هذا المبدأ الهام يغيب عن ذهن البعض عند وضعه للحلول المصرفية مستندا على فقه الحيل في ذلك، فيحقق الموافقة الظاهرية للشرعية مع مخالفته لها في الحقيقة^(١).

ثالثا: عدم إمكانية تقليد جميع معاملات البنك الربوي:

وتأكيدا لما سبق ذكره، فإن التناقض في المبادئ بين المصرف الإسلامي والبنك الربوي يتعذر معه توافقهما في جميع المعاملات، أو أن يوفر المصرف الإسلامي جميع الخدمات والمعاملات التي يقوم بها المصرف الربوي، لاختلافهما في مبادئ الاستثمار، فالتوافق لا يتصور إلا أن يكون أحدهما ماثلا للآخر في الحقيقة ومختلف عنه في التسمية! ولو لخصنا مبادئ عمل البنوك الربوية لوجدناها ما يأتي:

- ١- المتاجرة بالمال.
- ٢- الخروج من المخاطرة.
- ٣- الفائدة مرتبطة بالزمان والأجل.

(١) انظر: د. عبدالله السعيد، التورق كما تجر به المصارف في الوقت الحاضر، مرجع سابق، ج٢/ص٥٢٤.

فأهم مبادئ البنوك الربوية تقوم على عدم المخاطرة، وتوليد المال من المال، وهذه المعادلة مهما حاولنا محاكاتها بصورة شرعية فإن مؤداها حيل محرمة تعتمد على الربا، لأن مناط محاكاة مقصد المصرف الربوي هو في الربح بدون مخاطرة - أي المعاملة الربوية - وليس في صور المعاملة، فإن الصور ليست مقصودة، أي: صور المعاملات المصرفية المتنوعة للتمويل، بل المقصود هو المحاكاة في عدم المخاطرة وضمان الربح، وهو جوهر التحريم لدى الشارع، فلو تشابهت صورة التعامل لكن مع عدم ضمان الربح لجازت المعاملة كحال عقد المضاربة. وهذا ما نريد توضيحه: أنه لا يمكن بحال المحاكاة لجميع فروع وجزئيات أعمال البنوك الربوية وخدماتها، لقيامها أيضا على القاعدة السابقة. وهذا من الأسباب التي توقع في الحيل المحرمة، وهو اعتقاد البعض بوجود معاملة شرعية تحقق أهداف المعاملة ذاتها لدى المصرف الربوي على الإطلاق، فيتجه نظر المجتهد في هذا الموضوع غالبا لصورة التعامل ومظهره دون حقيقته.

ملخص ما سبق:

إن سعي المصارف الإسلامية للتنافس مع المصارف الربوية بتقديم الخدمات ذاتها التي يقدمها المصرف الربوي مع الاختلاف في الصورة بواسطة الحيل الفقهية، يدل على عدم فهم حقيقة الحيلة ومضادتها للمقاصد الشرعية، وهذا الخلل في التصور هو الذي أوقع بعض المصارف الإسلامية في معاملات صورية، لم تكن سوى حيل ربوية.

الضلع الثاني: أثر استخدام منهج الحيل على المصارف الإسلامية

أولا: التقارب في الأعمال بين المصرف الربوي والمصرف الإسلامي:

إن من نتائج المعاملات التي بنيت على منهج الحيل أن قربت بين المصرف الربوي والإسلامي في حقيقة الأمر^(١)! وهو أمر غير محمود لأن التقارب حصل في حقيقة التعامل ومآلاته لا في الصورة الظاهرة أو الاستفادة من الخبرات والتجربة، فتج عن ذلك أن ظهر

(١) انظر: د رفيق المصري، بحوث في المصرفية الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٢.

لدينا فكر مصرفي مسخ، يسمى معاملات مصرفية إسلامية، أو نافذة المصرفية الإسلامية، وليس هذا لدى كل المصارف الإسلامية بلا شك، لكنه وجد بصورة فاقعة بشعة في بعض الأماكن والأزمات، مما أدى لفترة أصحاب العقول والنفوس السوية من هذه التعاملات ومن تلك المصارف، ووسمت المصارف الإسلامية بأبشع الصفات بسبب تلك الأخطاء، حتى سماها البعض المصارف "الإسلبوية" (١).

إن الحيل الفقهية سببت نفرة من هذه المصارف المتسمية بالمصارف الإسلامية بسبب تلطخها بالربا بواسطة الحيل المحرمة، وتشكك الناس بعد ذلك في أي مصرف إسلامي، بل حتى بعض المهتمين بشأن المصرفية الإسلامية ذكر أن الفرق بين المصرف الربوي والمصرف الإسلامي في أمرين فقط، الأول: المسميات، أي كونها تسمى معاملات شرعية. والثاني: وجود الحيل الفقهية في المصارف الإسلامية بينما في المصارف الربوية يذكر الربا صراحة! (٢).

ثانياً: ظهور نوافذ المعاملات الإسلامية في المصارف الربوية:

حيث إن العمل بصيغ التمويل المبنية على الحيل الفقهية مشابه في جوهره لأعمال البنوك الربوية، فعليه تطلع القائمون على المصارف الربوية إلى الاستفادة من هذه الواجهة الشرعية للأعمال المصرفية؛ فكانت نوافذ المعاملات الإسلامية في البنوك الربوية.

١) المراد بهذه النوافذ:

نقصد بنوافذ المعاملات الإسلامية: تلك الأقسام التي تفتح لدى المصرف الربوي وتقدم خدمات مصرفية، كالتمويل وغيره بصورة شرعية. فهذه النوافذ أسست تبعاً لظروف معينة، منها متطلبات التنافس في السوق المصرفي (٣).

(١) انظر: د شوقي دنيا، الشبهات المعاصرة لإباحة الربا، مرجع سابق، ص ٩٦.

(٢) انظر: د رفيق المصري، بحوث في المصرفية الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٤٨.

(٣) انظر: عمار أحمد عبد الله، أثر التحول المصرفي في العقود الربوية، دار كنوز إشبيلية، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩ م، ص ٣١.

فلا بد من التفريق بينها وبين مصرف إسلامي أسس على قواعد شرعية، ويفترض به أن يحمل هما ومسؤولية تتجاوز تحقيق الأرباح للمساهمين إلى مسؤولية تحقيق مقاصد الشارع في المال.

٢) هذه النوافذ كانت مرحلة أولى في الطريق إلى التحول إلى المصرفية الإسلامية:

من المفرح بلا شك رؤية هذه النوافذ ما دامت تقدم خدمات تتوافق والشرع ظاهراً وباطناً، والذي يفرح أكثر مشاهدة التوسع في هذه النوافذ حتى تصبح فروعاً مستقلة، ثم تلا ذلك في بعض البنوك أن بدأت في التحول إلى مصرف إسلامي بالكامل، بأسلمة التعاملات جميعاً وإلغاء المعاملات الربوية بالكامل، وكانت هذه النوافذ الشرعية مرحلة أولى من ضمن مراحل تدرجت فيها تلك المصارف حتى وصلت لمرحلة التحول الكامل إلى المصرفية الإسلامية، بسبب ما حققته النوافذ الشرعية من نجاح تمثل في: إقبال الناس، وما ترتب على ذلك من أرباح للمصرف كان مشجعاً لهذا التحول الكامل^(١).

وهذا التدرج أثبت صحة ووجاهة التوجه إلى دعم توجه المصارف الربوية إلى فتح النوافذ الشرعية فيها، وأن يقبل منها الكثير من التجاوزات في سبيل أن تجرب فوائد ومنافع المعاملات الشرعية، وترى رغبة الناس في التعامل الشرعي.

٣) أسباب وجود الملاحظات الشرعية على تعاملات هذه النوافذ:

إن ما سبق لا يمنع من الحديث عن المخالفات الشرعية، والانحراف في المبادئ والإجراءات لدى هذه النوافذ، وهذا يعود لعدة أمور، من أهمها:

(١) من أمثلة التحول الكامل للمصرفية الإسلامية: بنك الجزيرة، والبنك الأهلي التجاري في السعودية، وبنك الشرق الأوسط الإماراتي الذي تم تعديل اسمه ليصبح: "مصرف الإمارات الإسلامي". انظر: عمار أحمد عبد الله، أثر التحول المصرفي في العقود الربوية، مرجع سابق، ص ٨.

(أ) الدافع في الغالب هو دافع تنافسي مع المصارف الإسلامية، ولم يكن الدافع شرعياً، وهذا أمر يمكن ملاحظته بسهولة.

(ب) الكادر الذي يقوم على المعاملات الشرعية لم يدرب ولم يثقف، بل قد يكون الموظف نفسه يقدم الخدمة الربوية والخدمة الشرعية.

(ج) القرار في المعاملات يعود لمجلس الإدارة والمديرين التنفيذيين، وليس للهيئات الشرعية الموجودة لدى هذه البنوك، مما يجعل القرار في اعتماد الصيغ يتأثر برأي هؤلاء أكثر من رأي الشرعيين، وقد تكلم الفقهاء المعاصرون الغيورون على هذا المنزلق، خصوصاً وأن الهيئة الشرعية هم موظفون تابعون لمجلس الإدارة^(١).

لذا فإن مبادئ الاستثمار لدى هذه النوافذ يغلب عليها العقلية الربوية، لأن من يدير الاستثمار في هذه النوافذ مصرفي ربوي، فإن هذه النافذة جزء من مصرف ربوي، وتسيطر على توجيهه العقلية الربوية، التي تدير هذا المصرف.

ومن أهم مبادئ الاستثمار لدى هذه النوافذ : مبدأ المتاجرة بالمال، لكن لكونها نوافذ إسلامية تنفذ المتاجرة بصورة البيع، فلاجل ذلك فتح باب الحيل بشتى أنواعها، ولذلك لا تجد في تلك النوافذ أي تمويل بصيغ الشراكة أو المضاربة أو السلم، بل المتوفر أقصى درجات الحيلة بصيغ التورق المصرفي والمرابحة للأمر بالشراء مع الوعد الملزم والإيجار المنتهي بالتملك.

ثالثاً: أثر ذلك على سمعة المصارف الإسلامية لدى عامة المسلمين:

إن كل ما سبق سواء أكان اعتماد منهج الحيل الفقهية أم فتح نوافذ التعاملات الإسلامية كان له مردود سيء على سمعة المصرفية الإسلامية لدى عامة المسلمين، وتم

(١) انظر : د رفيع المصري، بحوث في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ١١٧ و ١٢٨.

التشكيك فيها بسبب تلك الاجتهادات، خصوصا وأن الحيل و صورية التعامل كثرت لدى بعض المصارف التي دخلت في المصرفية الإسلامية بحثا عن الربح، إذ دخلت فيه مصارف منشؤها دول غربية وبأموال بنوك عريقة في الربا^(١) طلبا للمنافسة، وهم يعيدون كل البعد عن أهداف الاقتصاد الإسلامي النقي من الربا وشبهته، أو جاهلون بكيفية تحقيق المصرفية الإسلامية الحقيقية، ومن يطلع على عقود المعاملات والمرايحات التي تجرئها بعض تلك المصارف يعي حقيقة ما ينبه إليه الباحثون من خطورة الأمر، ويتحمل وزر ذلك من قام به جهلا أو عمدا بهذه التصرفات طلبا للكسب المادي الكبير باسم الإسلام والشريعة.

(١) مثل بنك تشيس مانهاتن، قام بفتح فرع للمعاملات الإسلامية في البحرين . انظر : عماد أحمد عبد الله، أثر التحول المصرفي في العقود الربوية، مرجع سابق، ص ٧.

المبحث الثالث

صيغ التمويل لدى المصارف الإسلامية وعلاقتها بالمقاصد الشرعية والحيل الفقهية

تناولت في هذا المبحث مقاصد الشرع في المال، ثم القواعد الشرعية الخادمة لتلك المقاصد، ثم ذكرت المقاصد الشرعية في منع الربا، ثم درست صيغ التمويل في المصارف الإسلامية ونسبة كل منها من أعمال تلك المصارف، ثم درست صيغ التمويل من حيث تحقيقها للمقاصد الشرعية في المال وعلاقة ذلك بالحيل، وختتمت المبحث بدراسة مدى تحقيق المصارف الإسلامية للمقاصد الشرعية في المال.

المطلب الأول

مقاصد الشرع في المال وفي منع الربا

ينبغي أن نعلم أن التمويل هو حقيقة عمل المصارف الربوية، ولكون المصرف الإسلامي قد دخل في عمليات التمويل بصيغ مختلفة ظاهرها موافقة الأحكام الشرعية، أما حقيقتها فإن منها ما أقر عليها ومنها ما أخذت عليه وكانت محل نقاش؛ بل ومحل اتهام للقائمين على تلك المصارف بأنهم انحرفوا عن مبادئ وأهداف تلك المصارف، وحيث كان من أهم أهداف المصارف تحقيق المقاصد الشرعية في المال، كان لا بد من دراسة أعمال هذه المصارف في ضوء المقاصد الشرعية، للتأكد من حقيقة هذه الدعوى. والتمويل هو لب عمل المصارف أيما كانت وسيلة التمويل، لذا سأدرس العلاقة بين المقاصد وصيغ التمويل بعرض صيغ التمويل على المقاصد الشرعية في المال.

الفرع الأول: المقاصد الشرعية في المال:

أهمية توضيح المقاصد الشرعية المتعلقة بالمال:

سبق ذكر أقسام المقاصد، وأنها تنقسم إلى مقاصد عامة وخاصة وجزئية، وتم بيان أن المقاصد جزئية تختص بباب من أبواب الفقه أو أكثر، وذكرت تقسيم بعض الفقهاء لها حسب موضوعاتها أو أبواب الفقه المتعلقة بها، فقسمت بذلك إلى مقاصد متعلقة

بالأسرة، أو متعلقة بالمال، ومقاصد متعلقة بالحدود وهكذا. ومما لا شك فيه أن هناك مقاصد شرعية في الاقتصاد ومقاصد في المال، لأجلها شرعت أحكام المعاملات، فمنع من المعاملات ما منع، وأجيز منها ما أجيز تحقيقاً لهذه المقاصد، ولا يمكن أن نتناول علاقة الحيل بالمقاصد في موضوع المال وما يتعلق به دون أن نبين مقاصد الشريعة في المال، لتكون المقارنة مبنية على شيء معلوم وواضح. ومن أفضل من تناول مقاصد الشريعة في المال العلامة الطاهر بن عاشور، وقد حددها بخمسة مقاصد، قال: «المقصد الشرعي في الأموال كلها خمسة أمور: رواجها، ووضوحها، وحفظها، وثباتها، والعدل فيها»^(١).

والجدير بالذكر أن من أراد التحيل لتحليل معاملات ممنوعة لأجل الربا، أو لأجل محذور آخر في المعاملات كبيع ما لا يملك، قد يستطيع أن يخرج المعاملة في صورة شرعية، لكن يصعب عليه أن يثبت موافقتها للمقاصد المتعلقة بالمال ما دامت حقيقتها مخالفة للشرع، وهذا من كمال هذه الشريعة وتام حفظها، وهنا كانت أهمية تناول المقاصد الشرعية في المال والحكم على الحيل التي تجرئها المصارف وغيرها من خلال علاقتها بالمقاصد الشرعية، لأنه لا يمكن التحايل عليها وإن أمكن التحايل على صورة الفعل وظاهره.

بيان المقاصد الشرعية في المال:

إن الأحكام الشرعية التي أتت للعناية بتحقيق المقاصد الشرعية تدور على جانبين متكاملين، الجانب الأول: التيسير لها والتسهيل لتحقيق المقاصد وإيجادها، والجانب الثاني: المحافظة عليها بعد وجودها، وحماتها من التعطيل. وسيظهر لنا في كل مقصد وجود أحكام شرعت لتحقيق المقصد وأحكام للمحافظة عليه.

(١) الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٣٨.

المقصد الأول: رواج الأموال:

المقصود برواج الأموال : دوران المال بين أيدي أكثر من يمكن من الناس بوجه حق^(١). ويقوم على أمرين:

الأول: تيسير أمر الرواج والحث عليه، وذلك بفتح السبل لتداول المال بأوسع الطرق ولأكثر شرائح المجتمع، بوسائل تبادل المنفعة كالتجارة والإجارة، أو وسائل التبرعات كالزكاة والهبة، بل ويوجد وسائل للرواج بعد الموت بالوصية والإرث. فالرواج والدوران يمنعان تركز وتكدس المال لدى جهة ما من المجتمع دون بقية، فالرواج هو المانع لتجميد المال وإبعاده عن المساهمة في التنمية والإنتاج^(٢). وتجد أن الشارع لأجل الرواج يبيح معاملات مالية مع ما فيها من غرر طفيف لأن المصلحة فيها تغلب على المفسدة، كبيع السلم.

والأمر الثاني: حماية المال من تعطيل رواجه ودورانه، وذلك بتحريم كنز للمال، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾^(٣) فلا بد من إنفاق شيء من المال سنويا بفريضة الزكاة.

وكذلك بمنع الاحتكار، بقوله ﷺ: (لا يحتكر إلا خاطئ)^(٤).

وهذان الأمران يؤديان لعكس الدوران والرواج وهو ما يمكن تسميته التكدس والتعطيل للمال، لذا أتت النصوص والأحكام بما يحفظ المال من آثارهما عليه والرواج هو

(١) المرجع نفسه، ص ٣٣٨.

(٢) د محمد صالح عبد القادر، نظريات التمويل الإسلامي، دارالفرقان، الأردن، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م ص ٩٣.

(٣) سورة التوبة، الآية [٣٤].

(٤) رواه مسلم في صحيحه، مصدر سابق، ج ٣/ص ٢٢٨، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، ح: ١٦٠٥.

أساس السيولة النقدية الذي تقوم به التجارة والصناعة والزراعة، وبهذه الثلاث تقوم مصالح الناس ويعيشون من أرباحها ومن ثمارها ومن أجور العمل عليها وفيها، فكم تتعطل لو حبس كل واحد ماله عن الدوران والحركة بأي سبب. ومن مقاصد أحكام الإرث تفتيت الثروات، فأى ثروة مكدسة مجمدة يعاد توزيعها مرة أخرى على من يعيد لها الدوران والحركة النافعة، هذا سوى باب الوصية لمن هم خارج الورثة.

ولا يعد دوران المال بالربا من الرواج، لأن الرواج في الشريعة يتحقق بالتجارة أو الخدمات النافعة؛ وليس توليد المال بالربا من التجارة أو الخدمات النافعة، لذا منع الربا وغلظ فيه، وسنفضل في موضوع مقاصد الشارع في منع الربا في نهاية المطب لأهميته.

المقصد الثاني: وضوح المال:

المقصود بوضوح المال: بعده عن الضرر وموطن المنازعات والخصومات^(١).

وقد سن الشارع أحكاما لحفظ المال بالوضوح فيه، ومن أهمها:

١- الكتابة، وهذا في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْمُؤُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ

أَجَلِهِ﴾^(٢)، والكتابة لأجل عدم الاختلاف في إثبات أصل الدين وقدره وأجله.

٢- الشهادة، قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾^(٣)، وهذه مكملة للكتابة، فيكتب

ويشهد على الكتابة، وإن تعذرت الكتابة فالشهادة.

٣- الرهن، قال تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٤). والقصد منها أن يستوثق الدائن من

استيفاء دينه من المدين عند حلول الأجل، أو من ثمن العين المرهونة عند بيعها إذا تعذر

على المدين الوفاء بها عليه للدائن.

(١) انظر: الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ٣٤٦.

(٢) سورة البقرة، الآية [٢٨٢].

(٣) سورة البقرة، الآية [٢٨٢].

(٤) سورة البقرة، الآية [٢٨٣].

٤- الكفالة: والمقصد من تشريع الكفالة حفظ المال بالتوثيق، و للوصول إلى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول إليه من جهة الأصل. وكل ما سبق يؤدي إلى حفظ المال من جانب وضوحه وحفظه من المنازعات بقدر الإمكان.

المقصد الثالث: حفظ الأموال :

وحفظها مقصد أصيل، قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(١)، وقوله ﷺ: (من قتل دون ماله فهو شهيد)^(٢)، ومن ذلك وضع عقوبات للمتعمدي، فوجدت عقوبات السارق والغاصب، وكذلك التعدي بالإتلاف؛ فإنه يعاقب المتلف حتى لو لم يقصد تأكيدا لمبدأ حفظ الأموال^(٣).

المقصد الرابع: ثبات الأموال:

المقصود بثبات الأموال: تقررها لأصحابها بوجه لا خطر فيه ولا منازعة^(٤). ومقاصد الشريعة في ذلك ثلاثة أمور:

الأول: تحض ملكيتها لصاحبها أو لأصحابها بوجه لا يتطرق إليهم خطر ولا ينازعهم فيها أحد إذا أخذوها من وجهها الشرعي.

الثاني: أن يكون صاحب المال حرا في تصرفه فيه، بشرط عدم إضراره بغيره، ولا اعتدائه على الشريعة.

الثالث: أن لا ينتزع منه بدون رضاه.

(١) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٢) رواه البخاري، مصدر سابق، ص ٤٢٦، كتاب المظالم والغصب، باب من قاتل دون ماله، ح: ٢٤٨٠.

(٣) انظر: الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٤٧.

(٤) المرجع نفسه، ص ٣٤٧.

ولأجل تحقيق الثبات في الأموال أقامت الشريعة العقود على اللزوم، فيجب على المرء أن يفي بعقوده، ويلحق بذلك الوفاء بالشروط في العقود .

المقصد الخامس: العدل في الأموال

المقصود بالعدل في الأموال: حصولها على وجه لا ظلم فيه^(١). وبوضعها موضعها الذي خلقت من أجله، واتباع أرشد السبل في إنفاقها وتنميتها. وفي هذا السياق على سبيل المثال جاء نهي الرسول ﷺ عن بيع الطعام بالطعام، إنما يبيعه بالمال ثم يشتري الطعام الآخر بالمال، لأن المقايضة الصحيحة بين سلعتين لا يحسنه إلا من هو خير وهم قليل، بل الخبراء أنفسهم يحسبون المعادلات على وجه التقريب مما قد يؤدي للظلم.

الفرع الثاني: الأحكام الفقهية الخادمة للمقاصد في المال؛

إن الأحكام والتشريعات في التعاملات المالية كلها خادمة للمقاصد الشرعية في المال، وهي وسيلة وسبيل لتحقيق المقاصد الشرعية، ومن بين هذه الأحكام تبرز أحكام لها علاقة مباشرة بالمعاملات التي تجرئها المصارف، أي تتعلق بالصيغ التي تقوم بها المصارف، وعليه؛ لا تتم الحيل الفقهية إلا بالتحيل على تلك الأحكام ابتداءً، لأنها مانع من جواز المعاملة في نظر المتحيل، ومن أهم تلك القواعد المالية: قاعدة النهي عن بيع ما لا يملك، وقاعدة النهي عن ربح ما لم يضمن، وقاعدة النهي عن أكل أموال الناس بالباطل، وكل واحدة من هذه القواعد لها علاقة مباشرة بتحقيق شيء من المقاصد السابقة.

القاعدة الأولى: النهي عن بيع ما لا يملك:

وأصل القاعدة حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرجل يسألني عن البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيعه؟ قال: (لا تبع

(١) انظر: الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

ما ليس عندك^(١).

وهذه القاعدة تخدم مقصد الوضوح في الملكية حيث لا يتجرأ أحد على مال غيره بالتصرف به بالبيع، ولا يلتزم أحد لأحد ببيع ما لا يملكه ابتداءً، مما يؤدي للنزاع والمشاحنة وفقدان الثقة بين المتعاملين.

وبيع ما لا يملك متعلق بمنع الغرر في المعاملات^(٢)، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر^(٣).

والغرر في اللغة: المخاطرة، والمراد ببيع الغرر: بيع الخطر التي لا يدري أنتفع أم لا، كبيع السمك في الماء^(٤). فالشارع ينهى عن كل ما يؤدي إلى الغرر ويشمل ذلك كل البيوع التي تكون مجهولة العاقبة، لا يدري تكون أم لا^(٥).

(١) رواه عن حكيم بن حزام؛ الترمذي والنسائي وابن ماجه، وهذا لفظ الترمذي؛ انظر: سنن الترمذي، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٥٣٤، كتاب الإجارة، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، ح: ١٢٣٢. ولدى النسائي في سننه رواية أخرى عن حكيم بن حزام، جمع عدة بيوع منهى عنها، منها بيع ما ليس عندك. انظر: سنن النسائي، مصدر سابق، ج ٧/ ص ٢٩٥، كتاب البيوع، باب شرطان في بيع، ح: ٤٦٣١. وعند ابن ماجه رواية جمعت النهي عن بيع ما ليس عندك وربح ما لم يضمن، انظر: سنن ابن ماجه، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٧٣٧، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، ح: ٢١٨٧.

(٢) انظر: د. عبدالمجيد عبدالله دية، القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية، دار الفنائس، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥ م، ص ١٤٤.

(٣) رواه مسلم في صحيحه، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١١٥٣، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، ح: ١٥١٣.

(٤) القونوي؛ قاسم بن عبدالله، أنيس الفقهاء، مصدر سابق، ص ٢٢١.

(٥) الجرجاني؛ التعريفات، مصدر سابق، ص ٢٠٨.

وأهمية ما سبق وتعلقه بموضوع المعاملات التي تجرّيها المصارف الإسلامية ؛ أن المصرف لما كان يريد أن يضمن شراء العميل للسلعة في المراجعة، لخشيته من أن يشتري السلعة ثم لا يشتريها العميل منه فيقع عليه أي شيء من الخسارة بذلك، لأجل ما سبق كان لا بد من التحايل على بيع ما لا يملك بأي وسيلة، فكان موضوع العقد الملزم.

القاعدة الثانية: النهي عن ربح ما لم يضمن:

القاعدة في صحة الربح في الشريعة ارتباطه بالضمان للسلعة التي وقع عليها البيع، فالربح متعلق بالضمان، ودليل ذلك قوله ﷺ: (لا يجل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك)^(١)، والمراد بالنهي عن ربح ما لم يضمن: ربح ما يبيع قبل القبض، لأن ربح ما يبيع بعده من ضمان المشتري وفاقاً^(٢). والضمان للسلعة من مسببات الربح الشرعية، وإنما يقع الضمان بالتملك الذي ينشأ عن قبض السلعة، والقبض دلالة على التملك بالبيع، والبيع من صنوف التجارة، والتجارة هي الباب الشرعي لتداول المال بين الناس.

إن إلغاء مبدأ الضمان للسلعة من قبل المشتري يجعل المتداول نقوداً في حقيقة الأمر، لأنه لو تملك السلعة حقاً لصارت في ضمانه ! وهذا الفرق بين التجارة والتمويل في حقيقة الأمر، فلا يصح التداول للمال بالتجارة في المال نفسه، لأن الشريعة أتت بمنع الاتجار بالمال إذ هو عين الربا، وإنما يصح التجارة بالسلع، والضمان مؤشراً على صحة البيع^(٣). ولما

(١) رواه الترمذي والنسائي، وقال الترمذي حديث حسن صحيح، انظر: سنن الترمذي، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٥٣٥، كتاب الإجارة، باب ماجاء في كراهية بيع ما ليس عندك، ح : ١٢٣٤ ؛ سنن النسائي، مصدر سابق، ج ٧ / ص ٢٩٥، كتاب البيوع، باب شرطان في بيع، ح : ٤٦٣١.

(٢) انظر : إبراهيم بن مفلح، المبدع، مصدر سابق، ج ٤ / ص ١١٨.

(٣) انظر: د شوقي دنيا، الشبهات المعاصرة لإباحة الربا، مرجع سابق، ص ٤٧.

كانت البنوكتريد التملك صورياً ولحظياً قصداً منها للخروج من المخاطرة، لأن الضمان للسلعة يعني إمكانية تعرض المصرف للخسارة حال ضمانه للسلعة، رغم أن مبدأ المخاطرة من طبيعة التجارة ومستلزماتها، لذا لجأت المصارف إلى التحيل على الضمان بكل وسيلة^(١). وفي الحقيقة أن التحيل على الضمان يعني التحيل على قصد الشريعة من الرواج ولا فرق! فالتجارة الحقيقية التي أتت بوصفها الشريعة هي الخادمة لمقصد الرواج، وليس صورتها التي نزعنا منها حقيقتها.

القاعدة الثالثة: منع أكل المال بالباطل:

إن أكل أموال الناس بالباطل مناقض لمقصد العدالة في المال، واتت الشريعة بالنهي عنه في جميع صورته، قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢)، ولأنه يؤدي إلى الخصومة والشحناء، وحماية لهذا المقصد منع كل ما يؤدي إليه؛ فمنع الخداع في البيع بأنواعه، ونهي عن بيع المضطر، وعن الربح الفاحش.

وكذلك حمى الشرع من أكل ماله بالغبن فشرع له خيار الفسخ لأجل الغبن، وقد أوصى النبي ﷺ الرجل الذي يخدع أن يقول: (لا خلافة)^(٣).

وعلاقة هذا بالمعاملات التي تجرئها المصارف الإسلامية تظهر في فرض المصارف لشروط أو عقود تناقض مبدأ العدالة، استغلالاً لحاجة العميل الذي لو لم يحتاج للتمويل لما وافق عليها، وفي هذا مضادة لمقاصد الشرع في منع أكل أموال الناس بالظلم.

(١) انظر: د رفیق المصري، بحوث في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٢) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٣) تم تحريجه سابقاً.

ومن أمثلة الغبن لدى المصارف: أن يضمن المصرف لنفسه مزايا العقود وحسناتها له، كحسنة عقدي البيع والإيجار التي يتم استخلاصها للمصرف في عقد الإيجار المنتهي بالتملك، وسيأتي بيانه، فإن الظلم بين في هذه العقود، فالعميل يتحمل كل المخاطر في العقد، والمصرف يأخذ حسنة العقدين كاملة له. وفي عقد المراجعة للأمر بالشراء يضع المخاطرة مثل إمكانية التلف للبضاعة، أو أي مصاريف غير متوقعة على العميل، حتى لو كانت تلك المصاريف وقعت قبل تملك العميل للسلعة. ويزيد المصرف أرباحه بفرض رسوم مالية بمختلف المبررات ليأخذ من العميل أجورا تماثل أضعاف أجور المثل في خدمات عادية، مثل فحص السلعة أو الأوراق في عقد المراجعة^(١).

إن التحيل على أكل أموال الناس بالباطل بالالتفاف عليها بشتى المبررات والحيل يؤدي إلى مضادة مقصد العدالة في المال، لأن تلك الأحكام وضعت لحماية لمقصد العدالة، وبالتحاييل عليها يتم تفويت مقصد العدالة في حقيقة الأمر.

خلاصة ما سبق:

إن ماسبق يدلنا على أن التحيل على المقاصد الشرعية لا يتم بمجرد التحيل على المقصد الشرعي وتفويته؛ بل إنه لا يتحقق إلا بالتحيل على الأحكام الشرعية التي شرعت لحفظ هذا المقصد ورعايته، لذا كان حماية هذه الأحكام من التحيل عليها لازما لحفظ المقاصد من الحيل المفوتة لها.

الضرب الثالث: مقاصد الشارع من منع الربا:

أولاً: أهمية معرفة مقاصد الشرع من منع الربا

موضوع الربا من أهم ما يفرق به بين المصارف الإسلامية وغيرها، لذا كان هو جوهر الخلاف في الحقيقة، والتلاعب بموضوع الربا بواسطة الحيل الفقهية هو المدخل لكل من

(١) انظر: د عبدالرحمن الحامد، تجربة البنوك التجارية السعودية في بيع المراجعة للأمر بالشراء، مرجع

يريد التعامل بمبادئ المصرفية الربوية في صورة اقتصاد إسلامي شرعي، ولا شك أن الربا يتعارض مع مقاصد الشريعة، والنصوص بتوعد الله بالحرب على المرابين دالة على التضاد الكبير بينه وبين مقاصد الشارع، قال الله تعالى متوعدا المرابين: ﴿فَأَذْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾^(١). وذكر محمد رشيد رضا رحمته الله في الحكمة العامة لمنع الربا: «سر المسألة أنهم منعوا من التجارة في الأثمان بجنسها، لأن ذلك يفسد عليهم مقصود الأثمان، ومنعوا من التجارة في الأقوات بجنسها لأن ذلك يفسد عليهم مقصود الأقوات»^(٢). وحيث إن عمل المصارف هو الاتجار في المال عموماً، وهو حقيقة نشاط المصارف الربوية، فلا يوجد فيها في الغالب جانب استثماري، فالمال هو سلعتها الحقيقية وهو استثمارها، ولما كان الهدف من إنشاء المصارف الإسلامية تقديم معاملات شرعية، لذا كان أول هدف لها أن تتخلص من الربا، إذ إنها لو وقعت به لم يكن هناك فارق حقيقي مع المصارف الربوية سوى التسمية، والمماثلة معها تتحقق متى تاجر المصرف الإسلامي بالمال بطريقة أو بأخرى. وحيث إن المصارف الإسلامية تتهم بالوقوع في الربا، كان لا بد من ذكر مقاصد الشرع من تحريم الربا، وأهمية هذا لما أسلفنا ذكره أنه يمكن التحايل صورياً على الربا، لكن يكشف هذا التحيل متى فهمنا مقاصد الشارع في منع الربا، وبتطبيق ذلك على صيغ المعاملات التي تجرئها المصارف الإسلامية نحدد ما قد يكون وقع من انحراف في التعاملات.

ثانياً: مقاصد الشرع في منع الربا:

يظهر جلياً مناقضة الربا لمقاصد الشريعة في المال، ومن ذلك:

(١) سورة البقرة، الآية [٢٧٩].

(٢) محمد رشيد رضا، الربا والمعاملات في الإسلام، مرجع سابق، ص ١٣٠.

١- يظهر جليا مناقضة الربا لمقصد الرواج، وهو من أهم المقاصد في المال، فإن المرابي يؤثر سلبا على حركة رواج المال، إذ إنه يعطل حركته، ويعطل دورانه في دورة التجارة أو الصناعة، وشأن المرابي أن يولد المال من المال في عملية معدومة النفع الاقتصادي إلا على صاحبها.

٢- الربا يسبب تكديس الأموال لدى طبقة في نهاية الأمر، وهم طبقة المرابين، ويزيد المقترضين فقرا وشقاء، وهذا مما يخالف المقاصد، يقول بعض المصرفيين الغربيين: «إن جميع المال في الأرض سائر إلى عدد قليل جدا من المرابين، ذلك لأن الدائن المرابي يربح دائما في كل عملية، بينما المدين معرض للربح والخسارة، ومن ثم فإن المال كله في النهاية لا بد بالحساب الرياضي أن يصير إلى الذي يربح دائما»^(١).

٣- الربا لا يحرك سوق العمل: إذ لا يرتب مشاريع يترتب عليها فرص عمل، فالربا مخالف بهذا لمقصد الرواج أيضا.

٤- الربا يؤدي إلى رفع الأسعار والغلاء، لأن الفوائد على القروض تضاف إلى التكلفة، وكلما زادت وتراكمت الفوائد زادت تكلفة الإنتاج وعليه ترتفع الأسعار^(٢).

ثالثا: مآل التحيل على الربا ووقوع مفسد الربا ذاتها:

إن هذه حقيقة لا مفر منها؛ فالحيل على الربا مآلها ذات مآل الربا ذاته، فينبغي عدم إهمال النظر إلى مآل التحيل على الربا بالنظر القاصر المحدود إلى مصالح وقتية، فإن مفسد الربا لا يمنع منها صورية المعاملة التي تبني عليها الحيل الفقهية الممنوعة.

(١) انظر: د. فضل إلهي، التدابير الواقية من الربا، مرجع سابق، ص ٩٣.

(٢) انظر: د محمد صالح عبدالقادر، نظريات التمويل الإسلامي، دارالفرقان، الأردن، الطبعة الأولى،

١٩٩٧م، ص ١٨١.

الهرم المقلوب في الاقتصاد:

إن ظاهرة الهرم المقلوب في الاقتصاد من أكثر ما يجذر منه الاقتصاديون، والمراد بالهرم المقلوب في الاقتصاد: أن تكون الديون هي قاعدة الهرم، أي القاعدة للاقتصاد، ويكون رأس الهرم الأصول والثروات الحقيقية بمختلف أنواعها؛ من تجارة وعقار وخدمات^(١)، مما ينذر بانحيار النظام الاقتصادي بالكامل، وهو ما نراه في واقعنا من إفلاس للبنوك وللدول أيضاً، فإن تضاعف المديونية هو من الحكم الرئيسة التي لأجلها منع الربا، وهو مآل الربا في الغالب، قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً﴾^(٢)، فالنتيجة الطبيعية للربا هي أن تصبح الديون أضعاف حجم الثروة في الاقتصاد.

ولو نظرنا إلى الاقتصاد الإسلامي نجد أن التمويل الربحي، أي: المحقق للأرباح والفائدة، يكون مقيدا دائماً بالنشاط المولد للثروة، مثل البيوع بصورها المختلفة، فعليه لا يمكن للديون أن تصبح أضعاف الثروة بل تكون غالباً أقل منها.

الحيل على الربا تتحقق بها ذات المفسد المترتبة على الربا:

ولو مثلنا بحيلة مثل العينة التي يتحيل بها لأكل الربا؛ نجدها بصورها المختلفة تسمح بنشوء مديونية دون قيمة حقيقية مضافة، أي دون إنتاج حقيقي يضاف للسوق وللاقتصاد، مما يؤدي إلى ظهور الهرم المقلوب السابق ذكره، لأن السلعة الواحدة في حيلة العينة وكذلك في حيلة التورق المصرفي المنظم يمكن استخدامها من أجل الحصول على النقد مئات المرات، وهذا يؤكد أن أثر التحيل على الربا لا يختلف عن أثر الربا الصريح على الاقتصاد إلا شكلياً^(٣).

(١) انظر: د. سامي السويلم، منتجات التورق المصرفي، بحوث الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه

الإسلامي الدولي، د. م. د. ط، ١٤٣٠ هـ، ص ١٦.

(٢) سورة آل عمران، الآية [١٣٠].

(٣) انظر: د. سامي السويلم، منتجات التورق المصرفي، مرجع سابق، ص ١٦.

المطلب الثاني

صيغ التمويل في المصارف الإسلامية

أهمية التمويل في واقعنا المعاصر :

إن من المسلم به حاجة الناس الدائمة للسلع و النقد في حياتهم اليومية، وذلك لأسباب متعددة من التوسع في الكماليات أو للحاجة اليومية أو التجارية وهكذا، وعليه فإن التمويل بأنواعه ووسائله المختلفة هو من أهم ما تستثمر فيه الثروات في هذا العصر، وعليه قامت صناعة المصرفية الربوية، وإنما أنشئت المصارف الإسلامية لأجل سد حاجة الناس في هذا المجال بطريقة موافقة للشرع، وعليه نشطت المصارف الإسلامية في استحداث معاملات موصوفة بأنها موافقة للشرع بديلة عن القرض الربوي بغرض توفير التمويل اللازم لعملائها من سلع أو سيولة نقدية، فالتمويل إذا عصب المعاملات في المصارف بشقيها ؛ الربوية أو الإسلامية. وتدور صناعة التمويل في المصارف الربوية على الفائدة الربوية المحرمة، أما في المصارف الإسلامية فهناك عدة طرق أو صيغ للتمويل بصورة شرعية، والحق أنها كانت مسلكا صعبا وحرجا للغاية، إذ تحملت تلك المصارف مسؤولية تقديم تمويل بدون فائدة ربوية، وهذا يخالف ما قامت عليه هذه الصناعة من الأساس ! وأبحث هنا الصيغ التي لجأت إليها تلك المصارف وحجمها لدى شرائح من المصارف الإسلامية.

الضلع الأول: صيغ التمويل في المصارف الإسلامية:

صيغ التمويل التي اعتمدها المصارف الإسلامية تدور على ثلاثة مبادئ استثمارية: المعاوضة، والمشاركة، والإجارة. فالمعاوضة مأخوذة من العوض ؛ لأنها مبادلة بين عوضين في حقيقتها^(١)، وتشمل سائر عقود البيع، والمشاركة تشمل سائر عقود الشركات التي يقيمها المصرف مع عملائه، والإجارة استخدمت لدى المصارف في عقد الإجارة مع وعد بالتملك، وتفصيل تلك الصيغ ما يأتي:

(١) انظر : د صالح العلي، المؤسسات المالية الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٣٧.

أولاً: أهم صيغ التمويل بالمعاوضة:

١ - صيغة المرابحة: وهي أن يطلب العميل سلعة من المصرف، فيوفرها المصرف له، وبيعها له سواء بعاجل أو بأقساط، وإن كان البيع بثمن عاجل يكاد يكون نادراً، لأن توجه العميل للمصرف يراد به التمويل بالأقساط. و سيأتي مفصلاً في المبحث الثالث من الفصل الخامس (المطلب الأول صفحة ٢٨٥).

٢ - التورق المنظم: وهو أن يرتب المصرف للعميل شراء سلعة، ثم يبيعها عليه، ثم يتوكل المصرف نيابة عن العميل في إعادة بيعها، ويسلمه قيمتها نقداً، ويسدد العميل القيمة للمصرف آجلاً^(١).

٣ - عقد السلم: والسلم عند الفقهاء: بيع موصوف في الذمة، بلفظ سلم أو سلف^(٢). وتطبيقه المصرفي: أن يدفع المصرف للعميل المال على أن يسلمه سلعة في زمن محدد، بوصف أو كيل أو وزن معلوم. ويستفيد منها المصرف في الاستثمار في المتاجرة بالحبوب وإنتاج المصانع، وتفيد العميل في حصوله على المال اللازم لتشغيل أعماله كالزراعة أو التجارة^(٣).

٤ - عقد الاستصناع: وهو عقد على مبيع في الذمة، شرط فيه العمل^(٤). وأضاف بعض الباحثين: عقد على بيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص^(٥).

(١) سنذكره بالتفصيل في المبحث الثالث من الفصل الخامس.

(٢) المناوي؛ التعاريف، مصدر سابق، ص ٤١٣.

(٣) انظر: محمود عبد الكريم ارشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، ص ١١٢.

(٤) انظر: د. علي محي الدين القرداغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، ص ١١٤.

(٥) د. ناصر النشوي، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د. ط، ٢٠٠٥م، ص ١١٩.

والاستصناع مأخوذ من الصنع، بأن يأتي الرجل إلى صانع فيقول: اصنع لي شيئاً صورته كذا، بكذا درهم، وقد يسلم له كل المال أو بعضه.

ويرى جمهور الفقهاء أن عقد الاستصناع عقد تابع لعقد السلم وليس بعقد مستقل، وخالفهم الأحناف فاعتبروه عقداً مستقلاً بذاته^(١).

ثانياً: أهم صيغ التمويل بالمشاركة

١- عقد المضاربة: هي أن يدفع الرجل ماله لآخر ليتاجر به، والربح بينهما على ما يتفقان عليه، وفي التمويل المصرفي: يدفع المصرف المال للعميل ليضارب به، وفق عقد يحدد به مجال المضاربة والأرباح^(٢).

٢- الشركة المتناقصة: التمويل بصيغة الشركة المتناقصة بين المصرف والعميل من صيغ التمويل لدى المصارف الإسلامية، والمراد بها: أن يبرم المصرف مع العميل عقد شركة، بحصص محددة، ورأس مال معين، ثم يبيع المصرف حصته من الشركة بالتدريج على العميل، حسب الاتفاقية بينهما، بحيث يمتلك العميل حصة المصرف في النهاية. وحقيقتها: أنها شركة يعطي المصرف فيها الحق للشريك في الحلول محله في ملكية العقار أو في ملكية المعدات أو ملكية حصص وأسهم في الشركة التي بينهما^(٣).

والمقصود بها: أن يكسب المصرف من السلعة المصنعة بأن يعيد بيعها بأكثر مما اشتراها بها، ويستفيد العميل بأن يستفيد من المال في شراء المواد الأساسية للصناعة التي يعمل بها، ودفع أجور وتكلفة التصنيع.

(١) انظر: المرجع نفسه، ص ٩٦.

(٢) ستأتي الصيغ الأربعة الأولى مفصلة في مطالب مستقلة في هذا الفصل.

(٣) انظر: محمود عبد الكريم ارشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، ص ٣٥.

٣- المزارعة: هي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها^(١). ومثلها المخابرة^(٢)، والفرق بينهما أن المخابرة يكون فيها البذر على العامل، وقيل: لا فرق^(٣).

٤- المساقاة: المساقاة أن يستعمل رجل رجلا في نخيل أو كروم ليقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم مما تغله، أي من ثمرتها^(٤).

وهذه الصيغ في التمويل متعلقة بالزراعة والانتاج النباتي من الحبوب وغيرها، وتقوم على أن يدفع المصرف الأرض التي يملكها للعميل الذي يقوم على شؤونها، ثم يأخذ على ذلك جزءا من الإنتاج الذي يخرج منها، وقد يدفع المصرف أيضا كل مصاريف الزراعة من قيمة البذور أو تكاليف السقي، أو قد يدفعها العميل.

والصيغة الثانية، وهي المساقاة التي لا يوجد فيها زراعة بل هي إصلاح ورعاية بالسقي والعناية دون الزراعة، والمحصلة أن يقوم العميل باستثمار هذه الأرض أو ما عليها من شجر، مقابل حصة من انتاج الأرض، حسب العقد المبرم بينهما^(٥).

ثالثا: التمويل بصيغة الإجارة:

عقد الإجارة المنتهية بالتملك أو مع وعد التملك، وهو عقد إيجار مقرون بوعد بتمليك السلعة عند سداد جميع القيمة، وسنفضله لاحقا^(٦).

فهذه من أهم وأشهر الصيغ التي تتبعها المصارف الإسلامية في عملية التمويل.

(١) المناوي، التعاريف، مصدر سابق، ص ٣٨٥.

(٢) الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ص ٢٦٤.

(٣) انظر: النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، مصدر سابق، ص ٢١٦.

(٤) القونوي، أنيس الفقهاء، مصدر سابق، ص ٢٧٤.

(٥) انظر: محمود عبدالكريم ارشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، مرجع سابق،

ص ١٥٠.

(٦) في المبحث الثالث من الفصل الخامس.

الفرع الثاني: حصّة كل صيغة من إجمالي أعمال التمويل في المصارف الإسلامية؛

لا يمكن الحديث عن نسبة كل واحدة من الصيغ بدون تحديد الفترة الزمنية، فعليه نذكر النسب لكل صيغة باعتبار ثلاث مراحل أو فترات زمنية:

الأولى: مع بدء عمل المصارف الإسلامية.

الثانية: مع بدء اعتماد صيغة المرابحة.

والثالثة: مع بدء دخول صيغة التورق المنظم إلى المصارف الإسلامية.

أولاً: حصّة كل صيغة في المرحلة الأولى للمصارف (١٩٧٥ - ١٩٨٠م):

إن الأصل في عمل المصارف الإسلامية تحقيق المقاصد الشرعية في المال، لذا كان العمل في أول عهدها منصبا على مبدأ المشاركات والمضاربات بأنواعها، والتجارة في السلع^(١)، وكذلك كانت القروض الحسنة تقدم للمحتاجين بدون فوائد^(٢). ويمكن أن نسمي تلك المرحلة بأنها مرحلة التطبيق الأفضل والأكمل للأسس والمبادئ التي أسست المصارف الإسلامية لأجلها، لكن يبدو أن التزاوج بين المال والأهداف الحسنة الخالصة لا يستمر كثيرا في الغالب؛ أو يستمر مع شيء من الكدر تفرضه طبائع التجار والمستثمرين، فعليه و مع كثير من المبررات المقبولة وغير المقبولة بدأت المرحلة الثانية التي شهدت التوسع في أعمال المصارف لكن على حساب بعض مقاصدها التي أسست لأجلها.

ثانياً: حصّة كل صيغة في المرحلة الثانية للمصارف (١٩٨٠ - ٢٠٠٠م):

بدأت المرحلة الثانية مع إقرار صيغة التمويل بالمرابحة للأمر بالشراء، وذلك قريبا من العام ١٩٨٠ م؛ أي بعد بدء نشاط المصارف الإسلامية ببضع سنوات فقط، وكانت نقطة

(١) انظر: درفيق المصري، بحوث في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٢.

(٢) انظر: د. احمد عبدالعزيز النجار، بنوك بلا فوائد، مرجع سابق، ص ٨٦؛ د محسن الخضيرى، البنوك الإسلامية، دار الحرية، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٩٠ م، ص ٢٠٣.

تحول في أعمال المصارف الإسلامية ؛ لأنها أتاحت لها تقديم خدمات تمويل مهمة لعملائها، بينما عدها البعض انتكاسة في أعمال المصارف، حتى قيل إنها أدخلت المصارف في سجن اسمه: سجن المرابحة! ^(١). وهذا لأن المصارف دارت أعمالها على هذه الصيغة بعد ذلك، فتشير العديد من الإحصائيات التي قام بها الباحثون في المصرفية الإسلامية إلى أن التمويل بواسطة عقود المرابحة تستحوذ على أكثر من تسعين بالمئة (٩٠٪) من عمليات التمويل لدى المصارف الإسلامية ^(٢)، وتشير إحصائيات أخرى إلى نسبة لا تقل عن ثمانين بالمئة (٨٠٪) ^(٣)، وتقاسمت بقية الصيغ النسبة المتبقية من أعمال المصرف، وهذا يدلنا على أن مجموع صيغ التمويل المنافسة لصيغة المرابحة لا تصل إلى ربع حصة المرابحة من عقود التمويل.

ثالثاً: حصة كل صيغة في المرحلة الثالثة للمصارف (٢٠٠٠-....):

بعد تلك المرحلة التي استمرت لعقدين من الزمان استحدثت صيغة التمويل بالتورق المنظم أو التورق المصرفي، وذلك في مطلع القرن الحالي تقريباً، أي بعد العام ٢٠٠٠م ^(٤)، وبدأت صيغة التورق المصرفي في النمو على حساب بقية الصيغ وبالخصوص مقابل صيغة المرابحة، التي وإن كانت لا زالت صيغة رئيسة في التمويل إلا أن صيغة التورق المصرفي في التمويل أخذت مكانها، لأن جزءاً من المتعاملين بالمرابحة كان هدفهم التورق في حقيقة الأمر ؛ فلما قامت المصارف بتقديم خدمة التورق المنظم، وهي الخدمة المتكاملة التي

(١) انظر: د يوسف كمال، المصرفية الإسلامية، مرجع سابق، ص ٩٤.

(٢) انظر: د ربيع الروبي، بيع المرابحة للواعد الملزم بالشراء والدور التنموي للمصارف الإسلامية، معهد البحوث العلمية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، د. ط، ١٤١١ هـ، ص ٦.

(٣) انظر: د سعود الربيع، صيغ التمويل بالمرابحة، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٤) انظر: د. عبدالله بن محمد السعيد، التورق كما تجر به المصارف في الوقت الحاضر، مرجع سابق، ج

يبحث عنها العميل، بحيث يحصل على النقد من المصرف دون الحاجة لاستلام سلعة وإعادة بيعها، لذا فإن صيغة التورق المنظم استقطبت جميع هذه الشريحة، بل واستقطبت كذلك عملاء البنوك الربوية الراغبين في صيغة شرعية للحصول على النقد، خاصة وأن التورق المنظم لا يوجد حد أعلى للتمويل به، ما دام وضع العميل يسمح بذلك، ويمكن كذلك أن يمول به الأفراد أو الشركات مما جعل هذه الصيغة تستحوذ على جل الاهتمام، وتذكر بعض الإحصائيات أن التورق المصرفي منفردا بلغ ستين بالمئة (٦٠٪) من إجمالي عمليات التمويل! ^(١).

فحاصل الأمر أن صيغة التمويل بالمربحة بالإضافة لصيغة التورق المنظم استحوذتا على جزء آخر من حصص الصيغ الأخرى في التمويل بلغت تسعين بالمئة (٩٠٪) من أعمال بعض المصارف! مما أوصل بقية الصيغ بما فيها الصيغ الأكثر تحقيقا للمقاصد الشرعية إلى مستويات دنيا وضعيفة في مجمل أعمال المصارف الإسلامية بحيث تتقاسم جميعها النسبة المتبقية وهي: عشرة بالمئة (١٠٪) فقط ^(٢).

الفرع الثالث: سبب توسع المصارف في الصيغ السابقة وآثارها عليها:

أولا: سبب التوسع في هذه الصيغ:

ذكرت توسع المصارف الإسلامية واهتمامها ببعض صيغ التمويل دون غيرها، وهي

المربحة والتورق والإجارة المنتهية بالتملك، وأسباب هذا التوسع يكمن فيما يأتي:

١- قلة المخاطرة في تلك الصيغ مقارنة بالصيغ الأخرى، ولا تخفى أهمية قلة المخاطرة

في أعمال المصارف.

(١) انظر: د. عبدالله بن محمد السعيد، التورق كما تجر به المصارف في الوقت الحاضر، مرجع سابق،

ج ٢/ص ٥٠٢ و ٥٢٤.

(٢) انظر الإحصائيات: د. محمد الكاوي، مستقبل البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

٢- لا يوجد تكلفة إضافية كما في الشراكات والمضاربات من احتياج لفريق متخصص يقوم بدراسة المشاريع قبل الدخول فيها، وهذه أمور مكلفة بالنسبة للمصارف ولا شك.

٣- سهولتها؛ فهذه المعاملات سهلة مقارنة بصيغة التمويل بالمضاربة، إذ يحتاج المصرف في صيغة المضاربة إلى متابعة ومراقبة دائمة لأعمال الشريك المضارب، أما في هذه الصيغة فإن دور المصرف ينتهي بتسليم البضاعة أو تسليم النقد، ثم يكون دور المصرف تحصيل المبلغ المالي من العميل^(١).

ثانياً: أثر سيطرة الفكر المصرفي الربوي على الاستثمارات في المصارف الإسلامية:

إن هذا الإغراق والتوسع في الاستثمار في هذه الصيغة على حساب بقية صيغ التمويل لدى المصارف الإسلامية يدل على سيطرة وهيمنة مبادئ الاستثمار لدى البنوك الربوية على عقول القائمين على المصارف الإسلامية، وهذا لأن مبادئ الاستثمار الربوية تدور على تحقيق الأرباح المتولدة من الاتجار بالمال بجميع صوره و الخروج من المخاطر التي يمكن أن تقع في حالة الاستثمار بالتجارة بأنواعها، ولتطبيق المبادئ ذاتها في المصارف الإسلامية تم استدعاء الصيغ التي يمكن بها تحقيق مبادئ الاستثمار نفسها لدى المصارف الربوية لكن بصيغة شرعية، فكان القالب إسلامياً مع تحقيقه لمبادئ المصارف الربوية في التمويل. ونجد أن هذه الصيغ تدور على ما يأتي:

- ١- المرابحة: يشتري المصرف للعميل سلعة، ثم يعيد بيعها عليه بالأجل مرابحة بأقساط يتفق عليها ويأخذ العميل السلعة، وتنتهي المعاملة هنا بترتب دين على العميل.
- ٢- التورق المنظم: وهنا تطورت العلاقة أكثر، فبعد شراء السلعة يوكل العميل المصرف بإعادة بيعها له ويسلمه قيمة البيع نقداً، وتنتهي بترتب دين على العميل أيضاً.

(١) المرجع نفسه، ص ٥٧٠.

٣- الإيجار المنتهي بالتملك: وهنا العلاقة غير واضحة، لأنها تجمع بين معاملتين مختلفتين في عقد واحد: علاقة إيجار بقسط محدد، وعلاقة بيع مشروط في نهاية عقد الإيجار، ومحصلتها أن المصرف له الأقساط الشهرية، وليس مسؤولاً عن السلعة المؤجرة. وكل ما سبق يدل على سيطرة فكر المصرفيين الربويين على عمليات هذه المصارف، فالفكر الاقتصادي ليس بشعاراته وأسائه بقدر ما هو بتطبيقاته التي تظهر المبادئ والأسس التي بني عليها! وعلى ما سبق وجدنا في هذه المصارف الإسلامية مصارف لا يوجد لديها الدافع لتحقيق مقاصد الاقتصاد الإسلامي، الذي هو دور تنموي وتجاري أكثر من كونه دور المقرض، لذا تلجأ دائماً تلك المصارف إلى صور شبيهة بأعمال البنوك الربوية. وإن من المؤسف القول إن هذه التصرفات أفرغت المصارف الإسلامية من جزء مهم من مفهوما، وأبعدتها عن شق كبير من مقاصد إيجادها^(١).

المطلب الثالث

صيغ التمويل من حيث تحقيقها للمقاصد الشرعية في المال

وفيه فروع:

الفرع الأول: معايير لدراسة تحقيق مقاصد الشرع في صيغ التمويل المصرفية:

سبق ذكر المقاصد في المال، وباستخلاص المقاصد المتعلقة مباشرة بصيغ التمويل

يمكن وضع معيار لمعرفة مدى تحقيق الصيغة للمقاصد الشرعية في المال من عدمه.

وبدراسة المقاصد الشرعية في المال نجد أن أكثرها ارتباطاً بموضوع التمويل ثلاثة

مقاصد: الرواج والعدل والوضوح، وتعزز هذه المقاصد الثلاثة بمعيار رابع هو؛ مدى

بعد الصيغة عن الربا وذرائعه، فكلما كانت أبعد عنها كانت أقرب للمقاصد، للعلاقة

العكسية بين المقاصد والربا.

(١) انظر: د. ربيع الروبي، بيع المرابحة للواعد الملزم بالشراء مرجع سابق، ص ٣٤.

وعليه ستكون هذه المعايير الأربعة هي أساس دراسة علاقة الصيغة بالمقاصد، وهي:

١- الرواج.

٢- العدل.

٣- الوضوح.

٤- البعد عن الربا وذرائعه.

وبذلك نستطيع أن نميز بين صيغ التمويل المصرفية المختلفة والمتباينة من حيث تحقيقها للمقاصد الشرعية في المال، وتحديد الأقوى منها في ذلك والأضعف.

الفرع الثاني: صيغ التمويل الأكثر تحقيقاً للمقاصد الشرعية في المال:

أولاً: الصيغ الأكثر تحقيقاً للمقاصد الشرعية:

هناك صيغ يظهر عند دراستها في ضوء المقاصد في المال أنها محققة بنسبة كبيرة

للمقاصد الشرعية في المال، والجامع بين هذه الصيغ أمران:

الأول: أنها تدور على مبدأ المشاركة، وهو مبدأ إسلامي أصيل في تحقيق الرواج.

الثاني: عدم بناء أو اعتماد هذه الصيغ على منهج الحيل، لأن الحيل لا تتوافق في الجملة

مع المقاصد الشرعية.

وتلك الصيغ هي:

١- المضاربة.

٢- السلم.

٣- الاستصناع.

٤- الشركة المتناقصة^(١).

(١) انظر: د صالح العلي، المؤسسات المالية الإسلامية، مرجع سابق، ص ٥٢١.

ثانياً: عرض هذه الصيغ على المقاصد في المال:

سبق ذكر المقاصد المتعلقة بالمال، وسنجعلها معياراً للحكم على تحقيق صيغ التمويل

السابقة للمقاصد :

١- تحقق هذه الصيغ مقصد الرواج الكبير للمال، وذلك لأنها صيغ تدور على المشاركة بين الطرفين، فيحصل رواج المال بانتقاله بين الأيدي ما بين مالك للمال وصاحب مهنة أو حرفة يريد أن ينشئ مصنعاً أو تجارة.

٢- وتحقيقها لمقصد العدل، إذ يأخذ كل طرف ما يستحق من الأرباح، والأهم أن يتحمل كل طرف حصته من الخسائر عندما تقع.

٣- وتحقيق مقصد الوضوح: حيث إن حق كل واحد من الشركاء واضح في ملكيته من رأس المال، أو ما يستحق من الأرباح، أو ما يتوجب عليه من الخسائر.

أما معيار علاقتها بالربا فهذه الصيغ لقيامها على مبدأ المشاركة فهي أبعد ما تكون عن الربا وذرائعه. فيظهر من الدراسة والعرض على المعايير السابقة قوة صيغ التمويل المذكورة في تحقيق مقاصد الشريعة في المال.

الفرع الثالث: صيغ التمويل الأقل تحقيقاً للمقاصد:

أولاً: ما هي الصيغ الأقل تحقيقاً للمقاصد الشرعية:

يظهر بالدراسة للصيغ الآتية: المرابحة للأمر بالشراء، سواء بالوعد الملزم أو بدونه، والتورق المصرفي، وصيغة الإيجار المنتهي بالتملك؛ أنها أقل صيغ التمويل تحقيقاً للمقاصد أو أضعفها من بين صيغ التمويل، ولا يعني هذا أنها لا تحقق أي مقصد شرعي، فإن توفير السيولة النقدية أو البضائع والسلع للناس بلا شك يحقق مقصداً شرعياً، لكن هذه المقاصد المحققة لا ترقى للمقاصد الأهم في المال، وهي ما سنتناوله في دراسة علاقة هذه الصيغ بالمقاصد^(١).

(١) انظر: د. ربيع الروبي، بيع المرابحة للواعد الملزم بالشراء، مرجع سابق، ص ٥.

ثانياً: عرض هذه الصيغ على مقاصد الشريعة في المال:

بعرض هذه الصيغ على معايير معرفة علاقة صيغ التمويل بالمقاصد في المال نجد أن نسبة التحقيق والتوافق كما يأتي:

١- مقصد الرواج للمال: تحقيق الصيغ الثلاث لهذا المقصد ضعيف، فإن حقيقة الأمر في هذه الصيغ أنها متاجرة مال بهال أكثر من كونها متاجرة بالسلع، فليس هناك حركة وتدوير بالتجارة، أما كونها تحرك المال من جهة الممول للمتمول فقد سبق وذكرنا أن الشرع لا يعتبر تدوير المال بالربا تدويراً ورواجاً له، وإلا لما منع الربا.

٢- مقصد العدل: العدل في المال يقتضي أموراً، منها أن لا يتحمل طرف جميع المخاطر، وينعم الطرف الآخر بجميع المغنم في هذا العقد، فالغرم بالغنم قاعدة أصيلة، وقد منع الشرع أيضاً من ربح ما لم يُضمن، وصورة تغييب مقصد العدل في هذه العقود تظهر في كون المصرف يرتب معظم الحقوق والمخاطرة على العميل، ويخلص نفسه من الالتزامات جميعاً بما فيها ضمان السلعة عند تملكه لها، وهذا كله يدل على غياب العدل. وسبب ذلك قوة موقف المصرف مقارنة بضعف موقف العميل المحتاج للتمويل، فيقبل العميل بشروط فيها ضيم لأجل الحاجة، فالمصرف يفرض رسوماً إدارية لفحص السلعة عند المراجعة يفوق أجره المثل، ولا يملك العميل إلا أن يوافق^(١).

٣- مقصد الوضوح: يظهر عدم الوضوح في التملك في صيغة التأجير المنتهي بالتملك، حيث تتردد الملكية ما بين المالك والمستأجر، فالعقد حقيقته عقد بيع، لكن عمل بصيغة التأجير لأجل أن يضمن البائع ملكيته للسلعة حتى يسدد العميل جميع الأقساط، وهذا التردد في الملكية يخالف بلا شك الوضوح، وهو مجال للنزاع في الغالب.

ويظهر جلياً أن الصيغ الثلاث بنيت على منهج الحيل بشتى أنواعها. أما بعرض هذه الصيغ على معيار القرب من الربا، فيظهر أن التعامل بالربا مآل صيغتي المراجعة مع الوعد

(١) انظر: د عبدالرحمن الحامد، تجربة البنوك التجارية السعودية في بيع المراجعة، ٣٣٩.

الملزوم بالشراء وصيغة التورق المنظم، أو في أفضل حال شبهة الوقوع فيه، وهذا مما يعدها أيضا عن تحقيق المقاصد في المال، لمضادة الربا للرواج المقصود شرعا.

الضرع الرابع: التلازم بين منهج الحيل وبعد الصيغ عن تحقيق المقاصد:

إن العامل المشترك بين الصيغ الأبعد عن المقاصد الشرعية أنها بنيت على منهج الحيل الفقهية^(١)، ويسعنا القول: إنه كلما دخلت الحيل على الصيغ بعدت عن تحقيق المقاصد الشرعية إلا في حالة الحيل المعتبرة مقاصديا، وكلما بعدت الصيغة عن الحيل كلما كانت أقوى في تحقيق المقاصد الشرعية، وهذا لما سبق وقررناه أن الحيل تفوت المقاصد الشرعية في الجملة. وقد ذكرنا سابقا أن التمويل بأنواعه هو ما يقوم به المصرف في الحقيقة، وعليه فإن تفويت الحيل للمقاصد الشرعية في صيغ التمويل ينسحب بالتبعية على أعمال المصرف كلها، فينبني على ذلك أن يكون المصرف في الجملة غير محقق للمقاصد الشرعية، أو على الأقل غير محقق للمقاصد ذات الأولوية لدى الشارع، وإن كان محققا لمقاصد أخرى بلا شك، وهو ما سنتناوله في المطلب القادم.

المطلب الرابع

هل تحقق المصارف الإسلامية المقاصد الشرعية في المال؟

إن السؤال عن مدى تحقيق المصارف الإسلامية للمقاصد الشرعية في المال يمكن الإجابة عنه من خلال دراسة أعمال المصرف المختلفة، ومدى تحقيق كل نوع من تلك الأعمال للمقاصد الشرعية، وحيث إن جل أعمال المصارف يدور على التمويل، فإننا إذا قارنا نسبة تنفيذ صيغ التمويل الأقرب للمقاصد بنسبة تنفيذ الصيغ الأبعد للمقاصد، نستطيع تحديد مدى تحقيق هذا المصرف للمقاصد في المال من عدمها، أو يمكن أن نجيب عن السؤال السابق بالسؤال الآتي: ما نسبة تحقيق المصرف للمقاصد الشرعية؟

(١) سنتناول لاحقا في الفصل الخامس كيفية صنع ووضع الحيل الفقهية.

الضلع الأول: نسبة الصيغ المختلفة من مجموع عقود التمويل لدى المصارف الإسلامية:

أولاً: نسبة الصيغ الأكثر تحقيقاً للمقاصد الشرعية:

الملاحظ أن الصيغ التي ذكرنا قوتها في تحقيق المقاصد في المال، وأنها تؤسس لاقتصاد إسلامي حقيقي هي الأقل استخداماً لدى المصارف الإسلامية! فإن مجموع نسبتها لا يصل إلى ربع عمليات التمويل المصرفية^(١). بل إن صيغة مهمة ومحققة للمقاصد المضاربة لم تصل حتى إلى واحد بالمائة (١٪) لدى معظم المصارف^(٢)، وهذه النسبة مخيبة للآمال بلا شك.

ثانياً: نسبة الصيغ الأقل تحقيقاً للمقاصد:

إنه بفحص معاملات التمويل التي تتم في المصارف نجدها غالباً تعتمد على مبدأى المربحة أو التورق بالدرجة الأولى، ثم تأتي بعدها صيغة التأجير المنتهي بالتملك. ولقد بينت بعض الإحصائيات أن مجموع نسبتها تصل إلى خمسين بالمائة (٥٠٪) ووصلت لغاية تسعين بالمائة (٩٠٪) في بعض المصارف^(٣)، وهو مؤشر يدلنا على بعد المصارف عن تحقيق المقاصد الشرعية، وعلى أن تحقيق مصرفية إسلامية محققة للمقاصد ليس من أولويات هذه المصارف.

خلاصة ما سبق:

يظهر مما سبق أن الغالب على أعمال المصارف الإسلامية الصيغ التي تحقق الربحية والأمان في الاستثمار، وإن شابتها شائبة الحيل الفقهية وبعدت عن تحقيق المقاصد الشرعية!

(١) انظر: د. سعود الربيع، صيغ التمويل بالمربحة، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٢) طالع البيانات التفصيلية لنسب الأنشطة الاستشارية والتمويلية لدى المصارف، التي أعدتها جهات مهمة بدراسة أعمال المصارف الإسلامية. انظر: د محمد مكاوي، مستقبل البنوك الإسلامية، مرجع

سابق، ص ٣٢٥.

(٣) المرجع نفسه، ص ٣٢٦.

لذا ينادي الغيورون بضرورة رجوع المصرف الإسلامي للمقاصد التي أنشئ لأجلها، ولا يعني هذا الدخول في المخاطرة الكبيرة أو المجازفات، فإن الضمان الحقيقي هو حسن الدراسة للاستثمارات والشراكات وجودة العمل وليس الكف عن تلك الأنشطة بدعوى الخوف على رأس المال^(١)، ولا يعني هذا أيضا إغفال عامل التنوع في الخدمات، لكن المطلوب أن تعطى المعاملات المتوافقة مع المقاصد والمحقة للاقتصاد الإسلامي الاهتمام الذي تستحقه.

الضلع الثاني: أهمية التوازن في التعامل بصيغ التمويل لتحقيق المقاصد في

المال:

إن الحديث السابق عن قوة تحقيق بعض الصيغ للمقاصد وضعف البعض الآخر يجربنا للتساؤل: هل يلزم الاستغناء عن بعض الصيغ إذا أردنا تحقيق مصرفية متوافقة مع المقاصد؟ أو أن المقاصد الشرعية لا تتحقق إلا بمجموع الصيغ مع تفاوتها؟ للإجابة عن هذا السؤال نتناول الموضوعات الآتية:

أولاً: أهمية اشتغال المصرف الإسلامي على جميع صيغ التمويل:

لا يشك أحد أن شمول المصارف لجميع الصيغ المتوافقة مع الشريعة أو المباحة مطلوب، لكن ما حدود ذلك؟ وكيف يتم التوافق مع ما سبق ذكره من قرب بعض الصيغ أو بعدها عن المقاصد؟ إن هناك أسئلة تصلح كمدخل لهذا الموضوع، وهي:

١- ما المصالح التي تحققها الصيغ الأبعد عن المقاصد؟

الحديث عن المصالح التي تحققها الصيغ الأبعد بشكل عام مهم لفهم دورها في تحقيق مصالح مهمها كان حجمها، وبشكل أخص ممكن أن نسأل هل تحقق الصيغ الآتية: المربحة أو التورق أو الإيجار المنتهي بالتملك شيئاً من أهداف المصارف الإسلامية؟ وللإجابة على

(١) انظر: د محمد المكاوي، مستقبل البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ٥٧٧.

هذا السؤال: فإنه لا يشك أحد أن بعض الصيغ تلبى احتياجات قد لا تليها بقية الصيغ، ومثال ذلك صيغة المربحة: فقد سدت ثغرة مهمة في حاجات الناس التمويلية، خصوصا منها: المعاشية واليومية للأفراد؛ كالأجهزة المنزلية أو السيارات، بل حتى المنازل، وكذلك سرت ودعمت أعمال المصارف الإسلامية في أول عهدنا بعيدا عن المخاطرة. ثم تلتها عمليات التمويل بصيغة التورق المنظم التي بها وسعت المصارف بها دائرة أعمالها التمويلية للأفراد، ونمت بها شريحة المتعاملين مع المصارف الإسلامية بسرعة كبيرة^(١). وفي المقابل لا يناع أحد أن عقود المضاربة والسلم والمشاركة المتناقصة لا تخلو من مخاطرة، وقد تكون هذه المخاطرة لو تمت في أول عهد المصارف الإسلامية لأوقعت تلك المصارف في مشاكل مالية لم تقم بعدها لها قائمة، فكانت صيغة المربحة من أسلم الصيغ وأكثرها ملاءمة لمرحلة البداية والتأسيس.

٢- والسؤال الثاني: ما هي الثغرات والاحتياجات التي لم تسدها إلا الصيغ الأضعف؟

للإجابة على هذا السؤال نستعرض المعاملات المصرفية التي لم يسد الثغرة فيها إلا

صيغ المربحة والتورق، ومن ذلك:

(أ) المنتجات التي يرغب فيها الأفراد لمعيشتهم، ولا يمكن الدخول فيها بعقد شراكة أو مضاربة لكونها احتياجا للاستخدام الشخصي وليست للاستثمار، فالمربحة وفرت المنتجات التي يرغب بها العملاء بالتقسيط، كالسيارات والأثاث المنزلي وحتى تملك المنازل، وفي ذكر هذه الأشياء كفاية عن ذكر أهمية هذه الصيغة.

(١) انظر: الشيخ عبدالله بن منيع، حكم التورق كما تجر به المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر، أعمال

و بحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، د. ط، د.

ت، ج ٢ / ص ٣٦٢.

(ب) المرابحة كانت البديل الشرعي عن الاعتماد المستندي^(١)، وستناول كيفية ذلك عند حديثنا عن صيغة المرابحة في المصارف الإسلامية في الفصل الأخير من هذه الدراسة. (ج) وكذلك كان التورق الحل عند الرغبة في الحصول على النقد بدون اللجوء للقروض الربوية^(٢).

لكن من منطلق تحقيق اقتصاد إسلامي حقيقي لا يمكن أن نقول إن تحريك الاقتصاد الإسلامي وتنميته يكون بالمرابحة والتورق المصرفي دون غيرهما، لضالة الدور التنموي الذي تقوم به مقارنة بالصيغ الأخرى، فهاتان الصيغتان في التمويل - أي المرابحة والتورق - جزء من منظومة متكاملة من صيغ التمويل التي يقوم عليها الاقتصاد الإسلامي في التنمية والانتاج، ولعلهما من أسلم الصيغ للمصارف، لكنهما ليستا الأفضل لتنمية الاقتصاد ولا شك.

ثانياً: المال عند البعد عن صيغ التمويل المحققة للتنمية:

إن مما آل إليه الحال عندما تم الاستغناء عن الصيغ المهمة للتنمية أننا الجأنا الشخص الراغب في تمويل مشروع ما أو في تجارة يتكسب منها أن يقوم بشراء السلع مرابحة من المصرف ثم يقوم بإعادة بيعها بخسارة في الغالب؛ لأجل أن يمول بهذا المال مشروعاً تجارياً يعيش من ريعه، وقد يكون لهذا المشروع دوراً تنموياً جيداً، لكن لما كانت المصارف

(١) الاعتماد المستندي : عبارة عن عهدة مالية يلتزم بها المصرف عن شخص لمصلحة آخر في صفقة تجارية. ولها أهمية في التجارة الدولية. انظر : أحمد سالم ملحم، بيع المرابحة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ١٩٨٩م، ص ١٠٢.

(٢) انظر : الشيخ عبدالله بن منيع، حكم التورق، مرجع سابق، ج ٢ / ص ٣٦٢ ؛ د. محمد العلي القري، التورق كما تجر به المصارف، أعمال و بحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، د. ط، د. ت، ج ٢ / ص ٦٥٨.

الإسلامية محجمة عن دورها التنموي، يبعدها عن صيغ التمويل بالمشاركة بأنواعها المختلفة، اضطر هذا الشخص وغيره للجوء لصيغة المربحة للحصول على التمويل اللازم، أي أنه بدء مشروعه بخسارة مالية في الحقيقة، وهذا الذي دعا بعض المتخصصين للقول بأن المربحة منذ بداية دخولها على المصارف الإسلامية أخلت بدور هذه المصارف في التنمية بشكل كبير، وجعلتها قريبة من المصارف التجارية الربوية^(١).

وكل ما ذكرناه عن المربحة فإنه ينطبق على التورق المنظم من باب أولى.

ثالثاً: الهدف هو التوازن بين هذه الصيغ لدى المصارف الإسلامية:

إن التوازن بين صيغ التمويل المتعددة هو ما ينبغي استهدافه وليس الإلغاء، فما دامت الصيغ جائزة شرعاً، بحيث تحقق في مجموعها أهداف المصارف الإسلامية، فلا يمكن أن ننفي توافق بعض هذه الصيغ مع مقاصد الشريعة وتحقيقها لمقاصدها أكثر من البعض الآخر، ولكن في ذات الوقت لا يمكن لأحد القول بأن الأصل في المصارف الإسلامية اعتماد السلم والمزارعة في أعمالها، فهذا تحكم لا دليل عليه^(٢).

خلاصة ما سبق:

إن تقديم المصرف لجميع الخدمات الممكنة بواسطة تعامله بجميع الصيغ المقبولة شرعاً يحقق المقاصد العامة للشريعة ولا شك، ولا يمكن القول باشتراط صيغ دون أخرى، لأن كل صيغة تسد جانباً من احتياج الأفراد أو الشركات في التمويل، فكل صيغ التمويل الشرعية مطلوبة شريطة أن لا تكون صيغة محرمة، وعليه ينبغي التفريق بين ضعف الصيغة في تحقيق المقاصد وبين إبطال الصيغة للمقاصد بالكلية، فهذه الصيغ ممنوعة ابتداءً.

(١) انظر: يوسف كمال، المصرفية الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٢) انظر: د يوسف القرضاوي، بيع المربحة للأمر بالشراء كما تجرّه المصارف الإسلامية، مكتبة وهبة،

مصر، الطبعة الثانية، ١٩٨٧ م، ص ٨٥.

وإن التوفيق بين تحقيق المقاصد في المال وتلبية متطلبات السوق واحتياجات الناس يقتضي أن لا توقف بعض الصيغ أو يضيق على أخرى، فلا يمكن القول بإيقاف الصيغ الأقل تحقيقاً للمقاصد ما دامت جائزة شرعاً، مع مراعاة أن لا تكون هي المسيطرة على أعمال المصرف، وأن تأخذ بقية الصيغ حقها ومكانتها في التطوير وحجم الاستثمار المالي من قبل المصارف في تلك الصيغ.

مع التأكيد أنه لا يدخل فيما سبق الصيغ المحرمة التي يتحيل بها على الربا، بل المقصود المربحة أو التورق الجائزين شرعاً، أما المحرمة فهي مرفوضة، ولا يقبل بها بدعوى كونها أقل ضرراً من صريح الربا.

الفصل الخامس:

تطبيقات على الحيل الفقهية في صيغ التمويل لدى المصارف الإسلامية

وفيه ثلاثة باحث:

المبحث الأول: كيفية وضع الحيل الفقهية وقرائن
معرفة وجودها في التصرفات.

المبحث الثاني: أهم المسائل الفقهية التي تبنى عليها
صيغ التمويل في المصارف الإسلامية.

المبحث الثالث: .

المبحث الأول

كيفية وضع الحيل الفقهيّة

وقرائن معرفيّة وجودها في التصرفات

تناولت في هذا المبحث كيفية إنشاء أو وضع الحيل الفقهيّة، وبينت بواعث الحيل الفقهيّة وتناولت كذلك موضوع تصرفات التهمة، ثم ذكرت قرائن إرادة التحيل الفقهي، وأوردت لها أمثلة تطبيقية.

المطلب الأول

إنشاء الحيل الفقهيّة وبواعثها

وفيه فروع:

الفرع الأول: أركان الحيلة الفقهيّة

إن المدخل لفهم كيفية وضع الحيل يبدأ من معرفة أركان الحيلة التي تؤسس عليها وتركب منها، فتوضيح أركان الحيلة يرشدنا لكيفية صنع الحيل الفقهيّة، وقد بينت سابقا في مبحث الحيل المحرمة اتفقا كيف يقوم المتحيل بقلب المسائل في المذهب إلى حيل فقهيّة وينسبها للمذهب. وانبه قبل البدء أن وجود الحيلة في المعاملة لا يعني حرمة التعامل بها بالضرورة، لما ذكرته سابقا من جواز الحيل الفقهيّة المعتبرة مقاصديا.

كيفية وضع أو صنع الحيلة الفقهيّة:

إن الكيفية التي تركيب بها الحيلة الفقهيّة لا تخرج عن إحدى الطرق التالية:

(١) ضم أو إضافة عين إلى أحد العوضين في العقد:

علما بأن هذا المضاف غير مقصود، بل أضيف لأجل التحيل، ولإظهار التصرف بصورة شرعية، لهذا لا يسأل العاقد عن جنسها ولا صفتها ولا قيمتها ولا العيب فيها، ولا يبالي بذلك البتة، حتى لو كانت خرقة مقطعة^(١).

(١) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٥٣.

ومثاله: مسألة درهم وثوب، يسلفه درهم، ويضيف بيع ثوب إلى الدرهم، ويبيعه هذا الثوب إلى أجل بأكثر مما يستحقه هذا الثوب لأجل الربا في الدرهم^(١).

٢) ضم عقد إلى عقد:

ومثال ذلك: التحايل على الربا، بإضافة عقد إيجار إلى عقد السلف، ويكون عقد الإيجار بأقل من ثمن مثله، لتتحقق الفائدة للدائن من عقد الإيجار، وقد يكون هناك شرط يستفيد به الدائن أو عقد خارج عن هذا العقد لكنه مرتبط به، وإن لم يذكر في صلب هذا العقد، إخفاء لقصد التحيل، مع أنه لا يضر تقديمه أو تأخيره عن العقد ما دام تم التواطؤ بين المتعاقدين على اعتبار هذا الشرط^(٢).

ومن ذلك ما يسمى الآن: العقود المركبة، وهي من أوسع أدوات صناعة الحيل الفقهية في عصرنا، وإن كان هذا لا يعني أن كل عقد مركب هو حيلة محرمة.

والعقود المركبة هي صيغ العقود المشتملة على أكثر من عقد بالجمع بينها، كالعقد المركب من تأجير وبيع، والمسمى التأجير المنتهي بالتمليك، أو عقد التورق المنظم المركب من عقود مرابحة وبيع وتوكيل، وتدور كثير من عمليات المصارف على هذه العقود التي ليست سوى الصيغة التي ذكرها قدماء الفقهاء للتحيل، أي: ضم عقد لعقد.

٣) فعل أو ترك الشرط لأجل رفع حكم السبب:

وذلك أن الحكم التكليفي له أسباب، وله شروط لوجوبه، فالسبب لا يمكن أن يترتب عليه حكم بمجرد، لذا يلجأ المحتال إلى الشروط، فيفعلها أو يتركها، وقصده رفع حكم السبب.

(١) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤١٧.

(٢) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٥٢.

والمراد بالشرط: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته^(١).

والمراد بالسبب: الوصف الظاهر المنضبط الذي يلزم من وجوده وجود الحكم، ومن عدمه عدم الحكم^(٢).

فالمتحيل لعدم دفع الزكاة يقوم بفعل ظاهره الصحة، ولكنه يقصد منه عدم دفع الزكاة، فالسبب لوجوب الزكاة ملك النصاب، ولكنه لا يكفي وحده لوجوب الزكاة، إذا لم يتحقق شرطه، وشرط الزكاة هنا: مرور الحول، فإذا لم يمر الحول فإن الزكاة لم تجب، وعمل المحتال أن يرفع الشرط لثلا يقع حكم السبب، وهو هنا وجوب الزكاة واستحقاقها بالمال، لذا يقوم مثلاً بإعطاء هبة من ماله، لينقص النصاب، ومتى نقص النصاب انقطع الحول، فيكون بذلك رفع شرط السبب، فلا تجب عليه الزكاة^(٣).

٤) فعل المانع من الحكم لأجل أن يسقط حكم السبب:

فيمكن إيقاع الحيلة بأن يقوم المتحيل بفعل المانع ليسقط حكم السبب.

والمراد بالمانع: ما يلزم من وجوده عدم الحكم، ولا يلزم من عدمه وجود الحكم ولا عدمه لذاته^(٤). فإن ملك النصاب سبب الحكم، أي وجوب الزكاة، والدّين مانع للزكاة، فيستدين مع عدم حاجته، لأجل أن يكون الدين مانعاً للزكاة، وليس قصده الدين، وإنما فعل المانع، لرفع حكم السبب، وهو الزكاة^(٥).

(١) د. محمود عثمان، القاموس المبين، مرجع سابق، ص ١٤٠.

(٢) المرجع نفسه، ص ١٣٢.

(٣) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ١ / ص ٢٧٣ و ٢٨٠..

(٤) د محمود عثمان، القاموس المبين، مرجع سابق، ص ١٩٣.

(٥) الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ١ / ص ٢٨٩.

وإنشاء أو صنع الحيلة الفقهية لا يخلو من أحد هذه الطرق الأربعة، ويفيد فهم الصور الأربعة السابقة المفتي أو الباحث في معرفة وجود الحيلة أو شبهة وجودها لتصوره لكيفية وقوعها ابتداء وكيف تركيب.

تغيير اسم المعاملة أو التصرف:

وهذا الركن يأتي مكتملا لما قبله لتكتمل الحيلة في صورتها الظاهرة وفيما تسمى به أيضا، فالتحليل يريد أن يغير الظاهر ليغير الحكم، ومن جملة ذلك اسم المعاملة أو التصرف، ليضلل به من يشك في أمر هذه الحيلة، فيسمي الربا بيعة أو قرضا، ويسمي القمار جائزة وهكذا، وأصل التحذير من تسمية الشيء بغير اسمه تهربا من الحكم الشرعي ذكره النبي ﷺ في تغيير اسم الخمر، حيث قال ﷺ: (يشرب ناس من أمتي الخمر، يسمونها بغير اسمها)^(١)، ويسري ذلك على كل الأفعال التي تغير أسماؤها من مسمى ما يحرم إلى مسمى ما يحل، وهو كثير في زماننا خصوصا ما يتعلق بموضوع المعاملات المالية لدى المصارف الإسلامية رغبة في رواجها.

الفرع الثاني : الأشخاص في الحيل:

المقصود بالأشخاص في الحيلة من قاموا بها أو تواطؤوا عليها، وليس هناك عدد محدد من الأشخاص للقيام بالحيل الفقهية، فيمكن أن يقوم بالحيلة شخص واحد لوحده أو مع شخص آخر أو مع جماعة من الناس، فالتحليل من شخص واحد كمن يحتال بالهبة ليتهرب من الزكاة، وتقع من شخصين بأن يكون بينهما بيع آجل لسبعة ثم بيع حال لها، و

(١) رواه النسائي وأبو داود وابن ماجه، انظر :

سنن النسائي، مصدر سابق، ج ٨ / ص ٣١٢، كتاب الأشربة، باب منزلة الخمر، ح : ٥٦٥٧.

سنن أبي داود، مصدر سابق، ج ٣ / ص ٣٢٩، كتاب الأشربة، باب في الداذي، ح : ٣٦٨٨.

سنن ابن ماجه، مصدر سابق، ج ٢ / ص ١١٢٣، كتاب الأشربة، باب : الخمر يسمونها بغير اسمها،

ح : ٣٣٨٥.

الهدف من هذا القرض بفائدة، وتقع من مجموعة من الناس كأن يدخل طرفان طرفاً ثالثاً بينهما يكون بمثابة المحلل، فيشتري السلعة من المشتري الأول، ويبيعهما للثاني بنفس الثمن الذي وقع به الدين أو البيع الحال الأول، وكل هذا لأجل التوصل إلى القرض بفائدة، بإدخال شخص محلل للربا^(١).

أهمية فهم ما يقوم به الأشخاص في الحيلة:

إن تصور الفقيه لأدوار الأشخاص في الحيل، وإمكانية وقوعها من واحد فأكثر يعين على اكتشافها وتأكيد وجود قصد التحيل، خصوصاً إذا علم المفتي أن شخصاً من هؤلاء لا دور له في حقيقة المعاملة، وإنما هو شخص وجوده صوري ومتكلف فقط لتمير عقد ربوي بصورة عقد بيع، ومن صور ذلك: في مسائل الحيل في باب الشفعة، أنه إذا اشترى رجل داراً من رجل وخاف أن يطالبه الجار بالشفعة، فالحيلة أن يبيع لرجل غريب، ثم يغيب هذا الرجل، ويوكل البائع المشتري الحقيقي بالتصرف بالدار حين عودة الرجل الغريب، الذي هو مجهول بالنسبة للآخرين^(٢). ففي هذه الحيلة تجدد ظهور الطرف الثالث الذي لا علاقة له بالتصرف إلا استخدامه للتحيل على إبطال حق طرف ثالث في الشفعة، وهذا الطرف صوري في حقيقته، بل وحتى في الظاهر حيث يختفي بعد إبرام العقد ويتصرف وكيله بالنيابة، وهذا الوكيل هو المستفيد الحقيقي من العقد.

الفرع الثالث: بواعث الحيل الفقهيّة:

بينت في المطلب السابق كيفية وضع الحيلة، والأشخاص الذين يقومون بها، والموضوع الثالث الذي ينبغي فهمه من قبل الفقيه والباحث: بواعث الحيل الفقهيّة؛ فإن فهم الباعث من التصرف يعطي دلالة للفقيه إلى ما تؤول إليه تلك التصرفات؛ فإن هذا

(١) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٤١٨.

(٢) انظر: محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مصدر سابق، ص ١٨.

المال هو المراد بالتصرف في الحقيقة ! ولا يخفى الارتباط الوثيق بين باعث الحيلة ومآلها لأن البواعث هي المآلات التي يقصدها المتحيل من وراء التصرف حقيقة. وتدور البواعث على أحد هذه الأمور:

- ١- الاحتيال لحل ما يجرم في الحال ؛ كنكاح المحلل، فالنكاح حلال بالأصل لكنه بسبب الطلاق بالثلاث يجرم في الحال، فيحتال لأجل تحليله.
- ٢- الاحتيال لحل ما انعقد سبب تحريمه، وهو ما يجرم إن تجرد عن الحيلة ؛ كالاختيال على حل الحيل الربوية، فالمحتال يريد أن يأخذ مئة مؤجلة ببذل ثمانين حالة، فيحتال لإزالة التحريم، مع بقاء السبب المحرم.
- ٣- الاحتيال على إسقاط واجب قد وجب ؛ كأن يسافر في أثناء يوم في رمضان ليفطر.
- ٤- الاحتيال لإسقاط ما انعقد سبب وجوبه ؛ كالاختيال لإسقاط الزكاة بتغيير النصاب .

- ٥- الاحتيال على أخذ حق بدل حقه، أو عين حقه بخيانة، مثل أن يأخذ مالا قد أوّتمن عليه زاعماً أنه بدل حقه، أو أنه يستحق هذا القدر، وسواء هنا ظهور سبب الاستحقاق أو عدم ظهوره^(١).

الضرب الرابع: تصرفات التهمة المتعلقة بالحيل الفقهية:

إن أهمية معرفة تصرفات التهمة أو مظنة التهمة المتعلقة بموضوع إرادة التحيل على الأحكام الشرعية أن يتفطن لها المفتي فلا يمررها على ظاهرها كحال غيرها من التصرفات، وبالأستقراء والتجربة يمكن حصر تصرفات التهمة التي لها علاقة بموضوع التحيل بما يأتي:

(١) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣ / ص ٢٠٢.

- ١ - تهمة بالنظر إلى التصرف وما يؤول إليه، فمتى وجد الفقيه أن هذا التصرف مآله إلى تغيير الحكم الشرعي، كمن يجمع بين النصابين قبل الحول أو يفرق بينهما، ومآل ذلك أن تقل الزكاة، فهذا المآل كاشف لحقيقة إرادته من هذا التصرف.
- ٢ - تهمة باعتبار ظروف المتصرف، أو المتصرف إليه^(١).
- وظروف المتصرف مثل شخص في مرض موت يطلق زوجته، فإن مآل تصرفه ظاهر في إرادة حرمان الزوجة من الإرث.
- أما ظروف المتصرّف إليه كأن يكون إقراره بدين لو ارث، فيكون تهمة له بأنه أراد أن يزيده في نصيبه من الإرث بهذا الإقرار.
- ٣ - تهمة باعتبار كثرة القصد إلى الممنوع، وضابط هذا الأمر أن كل تصرف يكثر القصد إليه للتحويل على المحرم فإنه يعتبر تصرف تهمة، كبيع وسلف جر نفعاً^(٢).
- والمالكية ينصون على أن من تصرفات التهمة ما يعرف بكثرة القصد إليه، أي بالتجربة: «وَمُنْعٌ لِلتَّهْمَةِ مَا كَثُرَ قَصْدُهُ كَبَيْعِ وَسُلْفٍ». أي: «قصد الناس له للتوصل إلى الربا الممنوع»^(٣). وقد تكون التهمة لكون عرف البلد جرى بالتحويل على المحرم بواسطة هذا التصرف، كشهرة بعض المناطق بالتحويل ببيع العينة لأجل الربا^(٤).
- وعلى ما سبق فإن من أهم موضوعات معاملات التهمة التي لها علاقة بالحيل الفقهيّة ما يأتي:

(١) انظر: حسن الصغير، التهمة في مجال المعاملات، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٢) انظر: القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٠٥٧.

(٣) الدردير؛ أبو البركات سيدي أحمد (ت ١١٣٨ هـ)، الشرح الكبير على متن خليل، دار إحياء

الكتب العربية، د. م. د. ت، ج ٣/ ص ٧٦.

(٤) انظر: الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج ٤/ ص ١٩٩.

- ١- المعاملات المشتملة على عدة عقود ويتخللها بيوع مؤجلة، وأهم أمثلتها بيوع الآجال أو ما تسمى ببيوع الذرائع الربوية.
- ٢- التصرفات عند مرض الموت مظنة التهمة ؛ كالإقرار للوارث بدين، أو الطلاق عند الموت.
- ٣- التصرفات الجائزة ظاهرا لكن يكثر قصد التوصل إلى المحرم بواسطتها، كبيع العينة.

المطلب الثاني

قرائن إرادة التحيل، مع الأمثلة التطبيقية

تظهر أهمية دراسة موضوع القرائن لأنها وسيلة لمعرفة وجود قصد التحيل لدى المتعاملين، فإنه قبل الدخول في المسائل التطبيقية للحيل الفقهية رأيت أنه من المهم لفهم موضوع الحيل الفقهية تحديد قرائن أو مؤشرات تدل على وجود التحيل أو قصده، لذا اهتمت بتحديد القرائن أو المؤشرات الدالة على وجود قصد التحيل الفقهي في التصرفات أو العقود، وتكون هذه القرائن كالكواشف لوجود الحيل الفقهية، وأهمية هذه القرائن تظهر في أمرين، الأمر الأول: إنها تعين الباحث أو المفتي من اكتشاف إرادة التحيل بواسطة القرائن الخافة بالتصرف أو العقد. والأمر الثاني: إن بعض الفقهاء المعاصرين يطبق منهج الحيل في إفتائه واجتهاداته خصوصا ما يتعلق منها بالمعاملات المالية أو المصرفية، مع أنه قد لا يقر منهج الحيل من الناحية النظرية لكنه يمارسه عمليا في فتاواه! أو قد يدعي استخدامه للمخارج الفقهية وليس للحيل الفقهية، والفرق بينهما كبير كما سبق بيانه.

وبلا شك فإن من يسلك منهج الحيل أو يؤسس المصرفية بناء عليه لا يصرح غالبا بسلوكه منهج الحيل في الإفتاء، لنفرة الناس من هذا المصطلح في العموم، فتكون هذه القرائن مساعدة في إظهار وجود منهج الحيل في التصرفات تمهيدا للحكم عليها.

الضرع الأول: قرائن إرادة التحيل:

لقد تم التبيين سابقا أن معنى القرائن عند الفقهاء يدور على كونها أمرا يشير إلى المطلوب^(١).

أو أنها: الأمارات التي تدل على الظن أو التهمة بأن المتصرف يريد أمرا ممنوعا، أو أنه قد يريد بالتصرف أمرا آخر^(٢).

مادة هذه القرائن التي استمدت منها:

إن هذه القرائن أو الكواشف مستخرجة مما ذكره الفقهاء في شتى جوانب موضوع الحيل، وقد وجدت أن مجمل القرائن التي يمكن الاستدلال بها على وجود إرادة التحيل تدور على الموضوعات التالية:

- ١- فهم ومعرفة أركان الحيلة.
 - ٢- فهم أدوار الأشخاص في الحيلة.
 - ٣- فهم بواعث الحيلة.
 - ٤- معرفة تصرفات التهمة التي لها علاقة مباشرة بموضوع الحيل الفقهيّة.
- فهذه الموضوعات الأربعة بالإضافة إلى ما سبق ذكره في مبحث الإرادة الباطنة في التصرفات والأخذ بها في الحكم على التصرفات^(٣)؛ متى ألمّ بها الفقيه يستطيع أن يميز التصرفات التي هي من قبيل الحيل الفقهيّة ويراد بها تغيير للحكم الشرعي، و التصرفات التي يراد بها إظهار التصرف الممنوع في صورة التصرف الشرعي.

(١) انظر: الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

(٢) انظر: د حسن الصغير، التهمة في مجال المعاملات، مرجع سابق، ص ١٩.

(٣) انظر: اعتبار الإرادة الباطنة في هذا البحث، ص ٩١.

قرائن معرفة وجود الحيل:

ومن الموضوعات السابقة تم تحديد هذه القرائن الكاشفة عن إرادة التحيل، وهي ما يأتي:

(١) القرينة الأولى لإرادة التحيل: ضم عقد إلى آخر، ويكون أحدهما عقد تهمة:

هذه القرينة وضعت بالجمع بين طريقة المتحيل في تركيب الحيلة، ومن وجود عقد تهمة في التصرف، فمتى وجدنا عقداً ضم إلى عقد آخر، وهذا العقد مرتبط بإنفاذه بإنفاذ العقد الآخر، مع وجود عقد فيه بيع مؤجل أو قرض؛ فهذه قرينة على إرادة التحيل. فمثلاً في بيع العينة ارتبط عقد الأجل بعقد بيع حال، وكذلك في التحيل على الزيادة الربوية في السلف نجد أن عقد السلف ارتبط به عقد بيع، ولذا قد يشتري السلعة بأكثر من ثمن مثلها لتحقيق الزيادة الربوية للمقرض. ومن أهم أمثلة هذه القرينة: عقود بيوع الآجال، فإن عقود البيع بالآجل في الجملة تعتبر من عقود التهم إذا ضم إليه بيع حال، لأن عقود الآجل متهمة بأنها ذريعة أو وسيلة للتحيل إلى الربا، وغالبا ما يتم التحيل بوجود واحد أو اثنين من عقود الآجال في الصيغة. ومثل عقود بيع الآجل: عقد القرض، فإنه يطبق عليه ما يطبق على بيوع الآجال.

(٢) القرينة الثانية لإرادة التحيل: الصورية في التصرفات:

إن قرينة وجود الصورية في التصرف من أهم قرائن وجود الحيل الفقهية، والصورية تكون في ذات العقود والمبايعات، وتكون في الأشخاص الذين لهم علاقة بالتصرف وقد سبق وبيننا المراد بالصورية سابقاً، وذكرنا أن حقيقتها: إخراج التصرف في صورة تتوافق والأمر الشرعي، مع مخالفته في الحقيقة والباطن للشريعة ومقاصدها^(١).

(١) انظر: موضوع الصورية في هذا البحث، ص ٨٩.

فمتى ظهر للمفتي علامات تدل على صورية التصرفات كانت هذه قرينة على إرادة التحيل على الحكم الشرعي، ولفهم علاقة الصورية بالحيل فإن الصورية كيفية تنفذ بها كثير من الحيل، حتى جعلها البعض مرادف للحيلة، لكن ليست كل الحيل الفقهيّة تنفذ بالصورية، فالحيل أعم من الصورية بعبارة أخرى.

كيف تعرف الصورية:

(أ) في حال صورية العقود: تُعرف الصورية مجملاً من وجود عقد ليس مراداً لذاته، بل مضاف لتمرير غيره. ويظهر هذا من عدم جدية المتعاقدين في هذا العقد المضاف، فلا ينال حظه من التدقيق أو الاهتمام أو العناية، وعادة ما يتم توقيعه بدون عناية بمحتواه، وقد يدرك الفقيه صورية هذا العقد في عدم أهميته أو بعدم ارتباطه بالمعاملة، أي أن دخوله متكلف فيه لأجل أمر آخر غير معلن، يكشف وجود إرادة غير معلنة خلف هذا التصرف.

(ب) في حال صورية الأشخاص: نجد في العقد شخصاً لا يُعنى بالمعاملات التي تتم، وقد لا يسأل عن المباع والمشتري، وفي حال نكاح التحليل، تجده شخصاً غير مناسب للمرأة ابتداءً^(١).

(ج) ومما تعرف به صورية التصرف إعمال قاعدة: اعتبار ما خرج من اليد و ما دخل إليها^(٢): أي النظر في محصلة المعاملة النهائية؛ فإذا وجد أن محصلة المعاملات والعقود التي تمت هي يد أخذت شيئاً ما بالأجل، ويد أعطت ويدفع لها بنقد إلى أجل، فإن هذه قرينة تدل على أن المقصود من كل العملية هو ما أخذته اليد لا غير.

(١) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٣٣٥.

(٢) انظر: القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٠٥٧.

فهذا تعرف الصورية في التعاملات، وأنه يراد بها أمر غير ظاهرها، ونقصد هنا: إرادة التحيل على الحكم الشرعي، ولا شك أن فطنة الفقيه وسعة معرفته بموضوعات الحيل السابقة معينة له على تحديد الصورية من عدمها.

٣) القرينة الثالثة لإرادة التحيل: قرينة متعلقة بالعرف:

إن القرينة المتعلقة بالعرف تكون إما قرينة مرتبطة بالعرف الزماني أو بالعرف المكاني. فالقرينة المكانية: تتعلق بمعرفة الفقيه للعرف الجاري في مكان أو بلدة في شيء من التعاملات، وأنه يراد بتلك التصرفات خلاف ظاهرها، لتواطئهم على الحيلة، كالأسواق التي تشتهر بعقود العينة.

والقرينة الزمانية: تتعلق باعتبار حال المتصرف المتعلقة بالزمان، مثل كون المتصرف في وقت مرض موت مثلاً^(١).

فهذه القرائن الثلاث من أهم القرائن الدالة على وجود الحيلة في المعاملات والعقود والتصرفات، ومن أدركها استطاع أن يحكم على التصرف من حيث كونه حيلة يراد بها تغيير الحكم، أو هو من جنس التصرفات التي يتوافق ظاهرها ومقصدها، وكلما زادت القرائن الدالة على الحيلة كلما تأكد وجود الحيلة.

وجود الحيلة في التصرف لا يعني الحكم على التصرف:

أذكر بما تم تقريره سابقاً أن وجود الحيلة لا يعني منع المعاملة أو حرمتها على الإطلاق، بل تُدرس الحيلة من حيث جوازها أو عدمه في ضوء المعايير التي تم ذكرها سابقاً، فالمراد بهذه القرائن الكشف عن وجود إرادة التحيل بهذا التصرف، أما الحكم على التصرف فشيء آخر.

(١) انظر: حسن الصغير، التهمة في مجال المعاملات، مرجع سابق، ص ٤١.

الفرع الثاني: أمثلة تطبيقية لدلالة القرائن على إرادة الحيلة من التصرف:
 بعرض بعض التصرفات أو العقود على القرائن الدالة على التحيل في مسائل من أبواب مختلفة من الفقه، نجد أنها تكشف وجود التحيل في المعاملة أو التصرف، ومن ذلك:

(١) مسألة سلف وبيع:

وهي أن يستلف الرجل من آخر مبلغا، على أن يرده بغير زيادة، ويجمع إلى عقد السلف هذا عقد بيع آخر، تكون فيه قيمة السلعة بأكثر من قيمتها المعتادة، وسواء أعاد بيعها له لاحقا أم لا، فإن الزيادة في قيمة هذه السلعة ليست إلا للأجل الذي في عقد السلف، وقد تواطأ الطرفان على هذا عقد البيع هذا للخروج من عقد الربا في السلف، ولو طبقنا القرائن السابقة نجد أن عقد البيع لهذه السلعة ليس مرادا، لأنه دفع فيها أكثر من ثمنها، ولو خرج هذا العقد من العقد الأول لألغي العقد الأول، ونذكر أن مسألة سلف وبيع من عقود التهمة، لاحتوائها على عقدين؛ أحدهما قرض أو سلف، كما مر معنا في الفرع السابق المتعلق بعقود التهمة.

(٢) عقد الإيجار المنتهي بالتمليك:

والتحيل في هذا العقد بإلحاق عقد بعقد مع تغيير المسمى، فهو عقد تمليك لكن أخرج بصورة عقد إجارة، ويظهر هذا جليا عند التأمل فيه، ومراد المتحيل بهذا العقد المركب أن يأخذ أفضل مزايا العقدين لنفسه، أي يأخذ مزايا عقد الإجارة، فتبقى السلعة مملوكة له، ويأخذ مزايا عقد البيع بأن يحمل المستأجر مسؤوليات المالك كالضمان للسلعة أو التأمين عليها، وستناول هذا العقد بالتفصيل في الفصل الخامس .

(٣) مسألة بيع العينة:

وظاهر التصرف في هذه المسألة أنه عقد بيع بالأجل، ثم يتبعها عقد بيع حال، فمسماه بيع وحقيقته سلف بفائدة، فالمشتري لا يهتم لأمر السلعة لأن مقصوده النقد، لذا لا يهتم

بجودتها أو دقة مكيالها، والبائع قد يكون باع هذه السلعة نفسها مرات ومرات ! فهذه القرائن تدل على صورية هذه المبايعة.

بل ومن الصور المموجة أن يبيعه السلعة نفسها عدة مرات كل مرة بثمن مؤجل، وهو يعيدها له حتى يحصل النقد الذي يحتاجه.

٤) مسألة من طلق وهو في مرض الموت:

وقصده بهذا الطلاق التحيل ليحرم الزوجة من الإرث، والقرينة هنا أنه لا يوجد سبب يدعو للطلاق في ذلك الوقت - أي مرض الموت - إلا حرمان المرأة من الإرث.

٥) مسألة نكاح التحليل للمطلقة ثلاثاً:

وعند تطبيق الموازين السابقة على هذه المسألة نجد أن عقد النكاح شرعي لولا وجود قرينة كونها مطلقة بالثلاث ومحرمه على زوجها، ثم نجد الطرف الثالث الذي دخل بينها وبين زوجها للتحليل لا تتوافر فيه علامات الزواج الجاد؛ فلم يسأل أو يستقصي، والعقد نفسه عقد النكاح تجده خالياً من الشروط المعتادة، والمهر أقل من مهر مثلها بكثير، وهكذا عند التأمل والنظر للمآل تجد القصد تغيير الحكم الشرعي، بتحليل المرأة لزوجها الأول، أما عقد النكاح فليس بمقصود.

المبحث الثاني

أهم المسائل الفقهيّة التي تبني عليها صيغ التمويل

في المصارف الإسلاميّة

تناولت في هذا المبحث أصول المسائل التي بنيت عليها صيغ التمويل، فبدأت بمسألة العينة لأهميتها في تأصيل صيغ التمويل، ثم تناولت مسألة التورق، ثم بيع المrabحة، ثم عقد المضاربة، ثم بيع الأجل وبيع التقسيط.

وإن أهمية دراسة أمهات المسائل التي قامت عليها صيغ التمويل تظهر في كونها الأساس الذي بنيت عليه صيغ التمويل المعاصرة لدى المصارف الإسلاميّة، مما يسهل معرفة كيفية دخول الحيلة الفقهيّة عليها، وبيّن التغيير والتطوير الذي طرأ على تركيب المعاملة الأصليّة. وهذا يسهل دراسة الصيغة الحديثة لها؛ مع العلم بأن معظم تلك الصيغ الأساسيّة متفق على جوازها في الجملة، عدا مسألة بيع العينة التي أجمع الجمهور على منعها، لكن هذا لم يمنع من الاستفادة من مسألة العينة والبناء عليها في تأسيس صيغ التمويل لدى بعض المصارف الإسلاميّة بواسطة الحيل.

المطلب الأول

مسألة العينة

وفيه فروع:

الفرع الأول: التعريف وأهميّة المسألة:

أولاً: التعريف:

العينة في أصل اللغة: السلف^(١)، اشتقت من حاجة الرجل إلى العين من الذهب والورق فيشتري السلعة ويبيعها بالعين أي النقد الذي احتاج إليه، وليست به إلى السلعة حاجة^(٢). فتسميتها عينة لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عينا أي نقدا حاضرا^(٣).

(١) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ١٢١٩.

(٢) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ٣ / ١٣٤.

(٣) البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج ٣ / ص ١٨٦.

والعينة عند الفقهاء: نوع من التصرف يقصد به صاحبه التوصل إلى الربا المحرم بواسطة عقد بيع. كأن يبيع رجل لآخر عينا كطعام أو قماش بقيمة مؤجلة، ثم يعود فيشترها منه بثمن أقل لكنه معجل، فتكون النتيجة أنه أسلفه بفائدة، ولكن وضعت السلعة في العقد تحيلا على الربا، فهنا ضم القماش أو الطعام إلى عقد الإقراض، وهو ليس مطلوباً لذاته، لأجل التحيل على الربا الصريح^(١).

العينة عند الإطلاق لدى المالكية: وعند المالكية يقصد بالعينة عند الإطلاق معنى ومسألة أخرى غير التي ذكرنا، فأهل العينة عند المالكية: قوم نصبوا أنفسهم لطلب شراء السلع منهم وليست عندهم، فيذهبون إلى التجار فيشترونها منهم لبيعوها لمن طلبها منهم، فهي: بيع من طلبت منه سلعة قبل ملكه إياها، لطالبها بعد شرائها^(٢). وهي مسألة أخرى غير العينة التي نحن بصددتها، لكن صورة المسألة التي ذكرناها ذكرها فقهاء المالكية أيضا وهي ممنوعة عندهم كذلك، وستأتي في صور بيوع الآجال عندهم. فمن حيث التسمية، فإن فقهاء الحنابلة يسمون البيوع التي تدور على العينة: بيوع العينة، وفقهاء المالكية يسمونها: بيوع الآجال^(٣).

ثانيا: أهمية دراسة مسألة العينة:

العينة من أهم المسائل التي بنيت عليها الحيل، وهي كما وصفها ابن القيم: «ملك باب الحيل»^(٤). فإن حل الحيل الربوية في التمويل تدور على مسألة العينة، وبيوع الآجال التي ينهى عنها المالكية في الجملة تدور على العينة أيضا، ولو نظرنا في الحيل التي دخلت على

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٣١.

(٢) انظر: الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٨٨.

(٣) انظر: الشيخ عبدالله بن بيه، سد الذرائع وتطبيقاته في مجال المعاملات، مرجع سابق، ص ٤٤.

(٤) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٥٩.

معاملات المصارف الإسلاميّة مثل الحيل في التورق المنظم أو المرابحة للأمر بالشراء مع الوعد الملزم؛ وهما من أهم صيغ التمويل لدى المصارف، نجدها تدور على مسألة العينة في حقيقة الأمر، لذا لزم التفصيل في العينة وأنواعها وصورها المختلفة ليسهل الحكم على تلك الصيغ لاحقاً.

الضرع الثاني: أقوال الفقهاء في العينة وأدلتهم:

أولاً: أقوال الفقهاء في العينة:

العينة محرمة عند الجمهور، الأحناف والمالكية والحنابلة، وقد مرت أقوالهم سابقاً في أدلة منع الحيلة الفقهيّة. أما عند الشافعية: فهي جائزة، بشرط أن لا يُظهر قصد التحيل على الربا في العقد. وكذلك ذهب إلى جوازها أبو يوسف من الحنفية^(١)، وذهب بعض الباحثين إلى أن النقل عن أبي يوسف هو في جواز التورق وليس العينة^(٢).

سبب الخلاف بينهم:

الأصل الشرعي للمسألة أو مدار الخلاف يدور على الحديث المشهور في العينة، وقد سبق إيرادها في أدلة المانعين للحيل، فمن صحح الحديث منع العينة، ومن ضعف الحديث أجازها، ويضاف للحديث الأثر المروي عن عائشة في قصة زوجة زيد بن أرقم رضي الله عنه.

ثانياً: أدلة المحرمين للعينة:

(١) حديث العينة:

وهو أهم الأدلة في الموضوع، قال رضي الله عنه: (إذا ضن الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة، وتركوا الجهاد، واتبعوا أذناب البقر، أدخل الله عليهم ذلاً لا ينزعه حتى يتوبوا

(١) انظر: ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج ٧/ ص ٢١٢.

(٢) انظر: د. أحمد سعيد حوى، صور التحايل على الربا، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،

٢٠٠٧م، ص ١٢٦.

ويرجعوا إلى دينهم»^(١).

كلام العلماء في إسناد الحديث:

قال ابن حجر العسقلاني عن إسناده إلى ابن عمر رضي الله عنهما: «إسناده ضعيف، وله عند أحمد إسناد آخر أجود وأمثل منه»^(٢). ومن أسباب الخلاف بين المحدثين في صحة الحديث اختلافهم في أحد رجال سند الحديث. وللحديث طرق أخرى يصحح بها، فإن ابن القطان يصحح الحديث من طريق آخر عند الإمام أحمد، قال ابن القطان: «ولكن للحديث طريق أحسن من هذا رواه الإمام أحمد في كتاب الزهد حدثنا أسود بن عامر ثنا أبو بكر بن عياش عن الأعمش عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أتى علينا زمان وما يرى أحدنا أنه أحق بالدينار والدرهم من أخيه المسلم، ثم أصبح الدينار والدرهم أحب إلى أحدنا من أخيه المسلم. سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (إذا ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة وتبعوا أذناب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم ذلاً فلم يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم) انتهى. قال: وهذا حديث صحيح ورجاله ثقات. انتهى»^(٣). فقد خلص الزيلعي إلى أن للحديث طرقاً يصحح بها. وقد ناقش ابن حجر تصحيح ابن القطان للحديث، قال: «عندي أن إسناد الحديث الذي

(١) رواه أبو داود وأحمد في مسنده، انظر: أبو داود، سنن أبي داود، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٧٤، كتاب الإجارة، باب في النهي عن العينة، ح: ٣٤٦٢؛ ورواه أحمد عن ابن عمر، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٢٨، ح: ٤٨٥٨، وأحمد عن ابن عمر أيضاً، ج ٢/ ص ٨٤، ح: ٥٥٦٢. انظر: الإمام أحمد بن حنبل، مسند أحمد، مصدر سابق.

(٢) انظر: ابن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، مصدر سابق، ج ٢/ ص ١٥١.

(٣) الزيلعي؛ جمال الدين عبدالله بن يوسف الحنفي (ت ٧٦٢ هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، ١٩٨٧ م، ج ٤/ ص ١٦.

صححه ابن القطان معلول، لأنه لا يلزم من كون رجاله ثقات أن يكون صحيحاً^(١). وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله بعد إيراده لإسنادي الحديث عن ابن عمر رضي الله عنهما: «وهذان إسنادان حسنان أحدهما يشد الآخر ويقويه، فأما رجال الأول فائمة مشاهير، لكن نخاف أن لا يكون الأعمش سمعه من عطاء، فإن عطاء لم يسمعه من ابن عمر رضي الله عنهما...، والإسناد الثاني يبين أن للحديث أصلاً محفوظاً عن ابن عمر رضي الله عنهما»^(٢). فهذا يقوي الإسناد الأول الثاني عند ابن تيمية، مما يجعله من الأحاديث التي يصح الاستشهاد بها. وذهب الشيخ ناصر الدين الألباني رحمه الله إلى تصحيح الحديث لمجموع طرقه^(٣).

٢) الأثر عن عائشة رضي الله عنها:

كل من يستدل بالحديث الوارد في العينة يعضده ويقويه بما روي عن عائشة رضي الله عنها في قصبتها مع زوجة زيد بن أرقم، الذي روته العالية^(٤). وقد ذكرناه سابقاً في أدلة المانعين للحيل، ولا حاجة لإعادته.

كلام العلماء في إسناد الأثر عن عائشة:

ونقل الزيلعي كلام أهل الحديث و تقويتهم لهذا الإسناد، وأنه إسناد جيد، ونقل رد العلماء على من قال إن "العالية" راوية الحديث عن عائشة مجهولة لا يحتج بها، بل هي امرأة

-
- (١) ابن حجر العسقلاني؛ أحمد بن علي بن محمد (ت ٨٥٢هـ)، تلخيص الخبير في تخريج أحاديث الرافي الكبير، تحقيق: دشعبان محمد إسماعيل، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، ج ٣ / ص ٢١.
- (٢) انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٣ / ص ١٣٣.
- (٣) انظر: ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٨٥ م، ج ١ / ص ١٥.
- (٤) الحديث رواه عبدالرزاق والدارقطني والبيهقي، انظر: مصنف الإمام عبدالرزاق، مصدر سابق، ج ٨ / ص ١٨٥، ح: ١٤٨١٢؛ سنن الدارقطني، مصدر سابق، ج ٣ / ص ٥٢، ح: ٢١١؛ البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج ٥ / ص ٣٣٠، ح: ١٠٥٧٩ و ١٠٥٨٢.

معروفة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات^(١)، فقال: «العالية بنت أيفع بن شراحيل امرأة أبي إسحاق السبيعي سمعت من عائشة رضي الله عنها»^(٢). فهذا من الزيالي تقوية لهذا الأثر عن عائشة رضي الله عنها.

مما نقل عن السلف في العينة:

وقد نقل عن السلف في مسألة العينة، ومن ذلك ما نقل عن ابن عباس رضي الله عنهما: (اتقوا هذه العينة، لا بيع دراهم بدراهم، وبينهما حريرة)^(٣). وقد بلغ من توقي السلف من العينة أن الشعبي رضي الله عنه كان يكره أن يقول الرجل للرجل: أقرضني؟ فيقول: لا حتى أبيعك^(٤). وإنما أراد الشعبي بهذا إثبات كراهة العينة، وهو أن يبيعه ما يساوي عشرة باثني عشر، ليبيعه المستقرض بعشرة. فيحصل للمقرض زيادة، وهذا في معنى قرض جر منفعة والإقراض مندوب إليه في الشرع.

ثانياً: حجة الشافعية في جواز العينة:

بالإضافة إلى عدم صحة حديث النهي عن العينة عندهم، ومثله الأثر عن عائشة رضي الله عنها؛ يستدلون بحديث بلال في التمر الجيد والتمر الرديء.

ووجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفصل له في أن يبيع لطرف ويشتري من طرف آخر، وهذا الحديث أصل قاعدة المخارج الشرعية، وقد مر معنا في أدلة المجيزين للحيل سابقاً. ويستدلون كذلك على أصل قبول ظاهر الأعمال من الناس، وقد مر معنا سابقاً مذهب الشافعي رضي الله عنه في ذلك، وتقديمه لحسن الظن بالمسلمين، فلا يعتد بقريضة التحيل على

(١) ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع البصري الزهري (ت ٢٣٠هـ)، الطبقات الكبرى، دار صادر، بيروت، د. ط، د. ت، ج ٨ / ص ٤٨٧.

(٢) انظر: الزيالي، نصب الراية، مصدر سابق، ج ٤ / ص ١٦.

(٣) انظر: الزيالي، نصب الراية، مصدر سابق، ج ٣ / ص ١٣٥.

(٤) انظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ١٤ / ص ٣٦.

الربا في هذه المعاملة، وقد قال الإمام الشافعي رحمته الله: «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر»^(١). وقد جرى على ذلك أئمة المذهب الشافعي من بعده رحمهم الله تعالى.

اعتراضهم على الاستدلال بالأثر عن عائشة رضي الله عنها: وأنقل اعتراض الإمام الشافعي رحمته الله على الاستدلال بالأثر عن عائشة رضي الله عنها، قال: «قد تكون عائشة لو كان هذا ثابتاً عنها عابت عليها بيعاً إلى العطاء لأنه غير معلوم وهذا ما لا نجيزه، لا أنها عابت عليها ما اشترت بنقد وقد باعته إلى أجل، ولو اختلف بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في شيء فقال بعضهم فيه شيئاً وقال غيره خلافه كان أصل ما نذهب إليه أن ينفذ قول الذي معه القياس، والذي معه القياس قول زيد بن أرقم رضي الله عنه. قال: وجملة هذا أنا لا نثبت مثله على عائشة مع أن زيد بن أرقم لا يبيع إلا ما يراه حلالاً ولا يبتاع إلا مثله، ولو أن رجلاً باع شيئاً أو ابتاعه نراه نحن محرماً وهو يراه حلالاً لم نزع من الله عز وجل يحبط به من عمله شيئاً»^(٢).

ثالثاً: من أهم أسباب الخلاف اعتداد المالكية والحنابلة بقصد المكلف ونيتة وبقاعدتي سد الذرائع ومنع التحيل:

في مقابل أصل الشافعي في قبول الأعمال على ظاهرها، هناك أصول لدى المالكية والحنابلة لها أثر على حكمهم على العينة، فإن اعتداد المالكية والحنابلة بسد الذرائع، ومنعهم للحيل في الدين، واعتدادهم بالمقاصد الباطنة، بالإضافة لتصحيحهم لحديث النهي عن العينة جعلهم يحكمون بحرمة العينة للنص وسدا لذريعة الربا وإبطالا للتحيل^(٣).

(١) الإمام الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج ٣ / ص ٧٤.

(٢) البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، ج ٥ / ص ٣٣١.

(٣) انظر: الزرقاني، شرح الموطأ، مصدر سابق، ج ٣ / ص ٣٢٦.

ويرى بعض الباحثين أن إبطال العينة لكونها من الحيل على الربا أقرب من كونها سدا للذرائع، لما يظهر فيها من كون السلعة لغوا وغير مقصودة، وهذا من قرائن الحيل كما أسلفنا، وفي هذا الكلام وجهة، مع وجود التقارب في موضوعي سد الذرائع ومنع التحيل لرجوعهما إلى أصل اعتبار المآلات^(١).

الراجع في حكم العينة:

يظهر لي رجحان القول بحرمة العينة، وهذا من حيث الدليل ومن حيث النظر إلى مآل العينة، فالحديث نقل تصحيح جمع من أهل العلم له وعليه العمل عند جمهور الفقهاء، وأما الأثر عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها فإن عدم ثبوته لو سلمنا به لا يضر، لصحة الحديث السابق وهو نص في العينة. أما من حيث النظر في المآل: فإن العينة مآلها الربا الصريح، ولا فرق إلا في الصورة.

الفرع الثالث: صور أخرى للعينة عند الفقهاء:

للعينة صور أخرى ذكرها الفقهاء غير الصورة المشهورة لها، وأهم هذه الصور: مسألة عكس العينة، والمراد بعكس مسألة العينة: أن يبيع السلعة أولاً بنقد يقبضه، ثم يشتريها من مشتريها بأكثر من الأول من جنسه نسيئة^(٢)، أي أن يأتي من يحتاج النقد إلى من لديه المال، فيبيعه سلعة لديه نقدا بمئة، ثم بعد أن يستلم منه المال ويأخذ المشتري السلعة، يقوم المالك الأول فيشتريها منه بمئة وعشرة لكن إلى أجل، فترجع له سلعته ويبقى عليه الدين، وحاصل الأمر أنه استلف منه مئة بمئة وعشرة! وهي من جملة ما يسمى عند الحنفية ببيوع المعاملة، «وهي بيوع يحتال بها للفرار عن الربا المحض أو الوصول لمنفعة

(١) انظر: د أحمد سعيد حوى، صور التحايل على الربا، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٢) انظر: البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٨٦.

القرض»^(١). وهذه حيلة محرمة عند المالكية، وتعد من جملة بيوع الأجل الممنوعة. وعند الحنابلة هو بيع ممنوع؛ لأنه حيلة يتوسل بها إلى الربا، وقد نص الإمام أحمد على منعها^(٢).

أما عند الحنفية: فإن الحيل التي تدور على العينة جائزة عندهم في الجملة، وذلك بناء على أصلهم في جواز الحيل، وسنفرد الحديث عن حيل الحنفية في مسألة العينة لاحقاً. أما عند الشافعية تجوز العينة ومسألة عكس العينة، فلا يحرم شيء لا أصل المسألة ولا ما يدور حولها من حيل متعلقة بأصل مسألة العينة^(٣).

وهذا يفترق الحنفية والشافعية، حيث يحرم الحنفية مسألة العينة، ويجيزون التحيل عليها، أما الشافعية فيجيزون العينة، ومن باب أولى الحيل فيها، وعليه فإن الحكم عندهم متشابه في كثير من البيوع التي تدور على العينة كعكس العينة، أو بيوع الأجل.

الضرع الرابع: العينة وبيوع الأجل عند المالكية:

لقد خصص فقهاء المالكية باباً لبيوع الأجل ويفردونها بالبحث، وبعض صور بيوع الأجل هي من صور بيع العينة، وهي ممنوعة عندهم كما سبق بيانه^(٤).

الصور المحتملة لبيوع الأجل تسعة صور:

الأولى: أن يبيعه بمثل الثمن إلى مثل الأجل.

الثانية: أن يبيعه بمثل الثمن إلى أبعد من الأجل.

الثالثة: أن يبيعه بمثل الثمن بالتقيد أو أقرب من الأجل.

(١) د. أحمد سعيد حوى، صور التحايل على الربا، مرجع سابق، ص ٢٧٧.

(٢) انظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤/ ص ١٢٨.

(٣) انظر: النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٨٦.

(٤) انظر: ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص ٣٢٥.

الرابعة: أن يبيعها بأقل من الثمن إلى مثل الأجل.

الخامسة: أن يبيعها بأقل من الثمن إلى أبعد من الأجل، فهذه الصور الخمس جائزة اتفاقاً.

السادسة: أن يبيعها بأقل من الثمن نقداً، أو إلى أقرب من الأجل. فهذه لا تجوز لأنها تؤدي إلى سلف جر منفعة؛ فإن السابق بالدفع يعد مسلفاً لأن كل من قدم ما لا يحل عليه عد مسلفاً فهو قد قدم دفع الأقل ليأخذ السلعة التي ثمنها أكثر مما دفع.

السابعة: أن يبيعها بأكثر من الثمن إلى مثل الأجل.

الثامنة: أن يبيعها بأكثر من الثمن إلى أقرب من الأجل أو نقداً، فتجوز هاتان الصورتان.

التاسعة: أن يبيعها بأكثر من الثمن إلى أبعد من الأجل، فهذه لا تجوز؛ لأنها تؤدي إلى سلف جر منفعة، فإنه أخره بالثمن ليأخذ أكثر، وكل من أخر شيئاً قد حل له عد مسلفاً.

فتلخص من هذا أنه تجوز سبع صور، وتمنع اثنتان: وهما بأقل من الثمن إلى أقرب من الأجل. وبأكثر من الثمن إلى أبعد من الأجل؛ لأن كل واحدة منهما تؤدي إلى سلف جر منفعة، ولأن المتعاقدين يتهمان بأن قصدهما دفع دنانير بأكثر منها إلى أجل وأن السلعة واسطة لإظهار ذلك فيمتنع سدا للذريعة^(١).

الفرع الخامس: صور التحيل على العينة عند الحنفية:

ذكرنا أن الشافعية لا بأس عندهم في العينة ابتداءً، أما الحنفية فإنهم يمنعونها للنص، لكن مع ذلك فإن فقهاء الحنفية يوردون الحيل على العينة ولا يرون بها بأساً، ومن ذلك

(١) انظر: ابن جزيء، محمد بن أحمد بن جزيء الكلبي (ت ٦٩٣ هـ)، القوانين الفقهية، د.ن، د.م، د.

ط، د. ت، ص ١٧٩.

إيراد الخصاف العديد من مسائل الحيل لتجوز العينة، ومن أمثلة ذلك، ما قاله في باب البيع والشراء: «الرجل يعامل الرجل فيبيعه المتاع إلى أجل، هل يجوز له أن يشتريه بأقل مما باعه منه قبل أن يقبض ثمنه؟ قال: لا. قلت: فما الحيلة في ذلك؟ قال أبو بكر - أي الخصاف -: إن أحدث المشتري في ثوب من هذا المتاع حدثا يكون ذلك عيبا فيه ونقصانا من قيمته جاز له أن يشتري ذلك بأقل مما باعه منه»^(١). فهنا ذكر الخصاف كيف يحتال الرجل لتجوز العينة، وذكر الخصاف رحمته الله أيضا: «باب: الرجل يطلب من الرجل أن يعامله بهال وليس عند التاجر متاع يبيعه إياه، ما الحيلة في ذلك؟ قال: أحمد بن عمر - أي الخصاف - إن كان للرجل الذي يطلب المعاملة ضيعة أو دار فباعها من التاجر بالمال الذي يحتاج إليه وقبضها التاجر منه ثم باعها إياه وبيع عليه في ذلك مما يتراضيان عليه من الربح فهذا جائز»^(٢).

كيف يتم التحيل على بيع العينة:؟

يتم التحيل على العينة بإحدى هذه الطرق:

(١) إضافة عين إلى العقد، أي سلعة أخرى في البيع:

وهذا كأن يضيف قطعة قماش؛ أو حريرة كما تعارف عليها قديما؛ ونحوها إلى السلعة المباعة، ثم يعيد له السلعة المشتراة بدون هذه القطعة المضافة بسعر أقل، باعتبار أن المباع نقص، ويمكن التحيل أيضا بأن لا يرجع جميع ما اشتراه، بل يبقى شيئا يسيرا عنده، يكون مقابل هذه الزيادة في القيمة، مع أنها لا تساوي ذلك أبدا^(٣).

(١) الخصاف، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ١٢.

(٢) المصدر نفسه ص ١١.

(٣) الخصاف، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ١٢.

(٢) إدخال شخص وسيط^(١):

وهو المحلل لعقد الربا، كما يوجد المحلل في عقد نكاح المطلقة ثلاثا. وذلك بأن يتواطأ المتعاقدان على وجود شخص ثالث يشتري السلعة من المشتري الأول، ثم يأخذها منه البائع الأول، وهذا يتم بأكثر من صورة، كأن يكون للبائع دكان، وآخر يشتري السلعة من المشتري، أو يوسط من يشتريها ممن يثق به، أو يرتب رجلا متواطئا معه بحيث كلما باع السلعة قام هذا الرجل واشترى السلعة بأقل من قيمتها نقدا ثم أعادها عليه، وكل هذا لا يخرج المسألة من صورة العينة المحرمة، بل زادت قبحا لقصد التحيل على الشرع.

(٣) إحداث شيء في السلعة، ليكون سببا في قلة ثمنها عند إعادة بيعها نقدا:

فإن كانت قماشاً يتلف قطعة يسيرة منها، وهكذا مما يتحيل به على أن الثمن نقص لسبب عيب في السلعة!^(٢)، فبطرق التحيل الثلاث يتوصل المتحيلون إلى مرادهم في التعامل الربوي بالعينة، ولا يشك عاقل أن هذا لم يغير شيئا في حقيقة العينة. وقد ذكرنا القرائن التي تدل على عدم إرادته للسلعة، لكون المشتري لا يهيمه أمر السلعة، فلا يفتش في عيوبها أو دقة كيلها وميزانها، لأنها مبيعة صورية، وإنما قصد أخذ المال فقط، بينما تجد في حالة كون المعاملة تورقا وأراد المشتري أن يعيد بيع السلعة المشتراة لغير من اشتراها منه، فإنك تجده حريصا على التفتيش على السلعة التي اشترى، لكون المبيعة حقيقية وليست صورية، وهذه من القرائن والعلامات التي تدل على حقيقة المراد بالتصرف.

(١) انظر: ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج ٧/ ص ٢١٢.

(٢) انظر: الخصاف، كتاب الحيل، مصدر سابق، ص ١٢.

المطلب الثاني مسألة التورق

وفيه فروع:

الضرع الأول: التعريف والفرق بينها والعينة:

الورق لغة: الدراهم المضروبة^(١). ورجل ورّاق: كثير الدراهم^(٢).

والتورق لدى الفقهاء: أن يشتري السلعة بالأجل، ويعيد بيعها في السوق بأقل مما اشتراها به غالباً، طلباً للورق أي النقد^(٣). وهذا كأن يشتريها بألف لكونها مؤجلة، ثم يبيعها في السوق بتسعمئة، وسميت المعاملة بالتورق لأن الغرض منها الحصول على الورق أي النقود^(٤).

الفرق بين التورق والعينة:

الفرق في التصرف في السلعة بعد إتمام عقد البيع الأول، فإن تعاقداً على بيع جديد بثمن أقل معجل، أو في مسألة عكس العينة: على ثمن أكثر مؤجل فهنا بيع عينة. وأما إن باعها لغير من اشتراها منه بدون مواطاة بين الثلاثة فهو التورق^(٥).

الضرع الثاني: حكم التورق وشروط صحته، ومدى دخول الحيل عليه:

أولاً: حكم التورق:

التورق جائز عند الفقهاء في الجملة، إذ حقيقته عقد بيع بأجل، ثم قام المشتري بإعادة بيع ما اشتراه^(٦).

(١) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص ٩٢٨.

(٢) الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص ٧١٧.

(٣) انظر: البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٨٦.

(٤) انظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج ٢٩/ ص ٥٠٠.

(٥) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٢٣.

(٦) انظر: دوهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٥٣.

وخالف الإمام ابن تيمية رحمته الله فقال بتحريمه^(١)، وذكر تلميذه ابن القيم أنه روجع - أي ابن تيمية - مرارا في مسألة التورق، لكنه لم يرخص فيها^(٢). وهي رواية عن الإمام أحمد أيضا، وقد منعها لأنه لا يدخل فيها إلا المضطر^(٣)، وإن كان المذهب عند الحنابلة الجواز^(٤). وقد كرهه عمر بن عبد العزيز رحمته الله، وقال: «هو أخية الربا»^(٥).

ثانيا: شروط صحة عقد التورق:

عقد التورق: عقد بيع بسيط، يشترط فيه ما يشترط في البيوع المعتادة، ويضاف لذلك اشتراط منع ما يحوله إلى بيع عينة، وشروط صحته:

- ١- أن يتم البيع الأول صحيحا بالاتفاق على ثمن السلعة الآجل.
- ٢- أن يقبض المشتري للسلعة.
- ٣- أن لا يعود المشتري فيبيع السلعة لمن اشتراها منه، أو لوكيله أو لطرف ثالث متواطئ معها، لئلا تكون عينة محرمة^(٦).

ثالثا: هل يوجد تحيل في التورق البسيط:

سبق بيان أن عقد البيع إذا انتهى بأن استلم العميل البضاعة أو السلعة بعقد البيع الأول، ثم تصرف بها إما بالاستعمال، أو إعادة بيعها بنفسه لجهة أخرى غير البائع الأول

(١) انظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج ٢٩/ ص ٤٣٤.

(٢) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٢٣.

(٣) المصدر نفسه، ج ٣/ ص ٢٢٣.

(٤) انظر: البهوتي، الروض المربع، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٥٦.

(٥) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٢٣.

(٦) انظر: البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج ٣/ ص ١٨٥.

الذي اشتراها منه، أو لم يكن البائع الأول وسيطا في البيع الثاني للحصول على النقد، فهذه مسألة التورق، وأهل العلم على جوازها.

والذي يدلنا على حقيقة إرادة البيع هنا أن المشتري يتأكد من السلعة ويقبضها لأنه سيعيد بيعها بنفسه، لذا لا يريد أن يخسر بسبب عيب في السلعة، وهذا الأمر غير موجود في بيع العينة لوجود تواطؤ على شراء البائع الأول للسلعة مرة أخرى، فلا يعنى المشتري بأمر السلعة.

المطلب الثالث

بيع المرابحة

بيع المرابحة من بيوع الأمانة، لأن المشتري يقبل قول البائع في السعر بدون بينة ولا استحلاف^(١)، وله صورتان:

الأولى: الصورة البسيطة للمرابحة.

والثانية: الصورة المركبة المقرونة بأمر شراء، وسنفصل كل منها في فرع مستقل.

الفرع الأول: بيع المرابحة البسيط:

أولا: المراد به

المرابحة: هي البيع بزيادة على الثمن الأول^(٢).

والمراد بها: أن يقول الرجل اشترت السلعة بكذا، وربحي كذا، وأبيعك بكذا. وحاصل تعريفات الفقهاء لها تدور على معنى واحد بيع ما ملكه الإنسان برأس ماله، مع ربح محدود. ولا فرق بين أن يكون الربح حصة نسبية من رأس المال، أو مبلغا

(١) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٧/ ص ١٨٠.

(٢) المناوي، التعاريف، مصدر سابق، ص ٦٤٧.

مقطوعاً^(١). وهذه المربحة هي المربحة البسيطة، والتي بنيت عليها المربحة التي تجرئها المصارف الآن.

ثانياً: حكم بيع المربحة

اتفق الفقهاء على جواز بيع المربحة، قال ابن قدامة المقدسي: «هذا جائز لاختلاف في صحته، ولا نعلم فيه عند أحد كراهة»^(٢).

ثالثاً: شروط صحة بيع المربحة:

والشروط التي يذكرها الفقهاء في جوازها:

١- معرفة قيمة شراء السلعة.

٢- معرفة قدر الربح.

٣- أن تكون قيمة الشراء الأول نقدية، حتى يمكن قياس الربح عليها، وعليه أن لا

تكون اشترت بشيء عيني كحيوان أو طعام.

٤- أن لا تكون المربحة مؤداها إلى الربا، بأن تكون صنفاً ربوياً ويشترى بمثله مع

الزيادة^(٣).

الفرع الثاني: بيع المربحة للأمر بالشراء:

وهو بداية للحديث عن الصيغ المركبة أو الصيغ الأكثر تعقيداً للمربحة.

(١) انظر: د. محمد مصطفى أبوه الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، مكتبة العلوم

والحكم، المدينة المنورة، السعودية، الطبعة الثانية، ٢٠٠١ م، ج ١/ ص ٣٧٣.

(٢) انظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤/ ص ١٢٩.

(٣) انظر: د. عبدالعظيم أبوزيد، بيع المربحة وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية، دار الفكر،

دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤ م، ص ٥٣.

أولاً: المراد بها:

المقصود بها: أن يأتي رجل لرجل ويقول له اشتر لي سلعة ما وأنا أربحك فيها.

ثانياً: حكم بيع المربحة للأمر بالشراء:

ذهب الجمهور إلى جوازه، واستدل الجمهور: بمطلق الجواز في عقد المربحة وأن الأمر بالشراء لا يُجَلّ بذلك.

وذهب المالكية إلى منع بيع المربحة للأمر بالشراء، وعلّة منع المالكية له أنهم اعتبروه من أنواع العينة، فيمنع عندهم سدا لذريعة الربا^(١).

وهذا من البيوع التي أخذ على المالكية المبالغة في الأخذ بسد الذرائع فيها، إذ إن سد الذرائع لو أطلق العمل به لحصلت مشقة على الناس، وكما سبق أن الأخذ بالذرائع على وجه العموم عملت به كل المذاهب، لكن خلافهم في تحقيق المناط، وهنا يظهر أن المالكية لم يوافقهم أحد في سد الذرائع في هذا النوع من الربا، لأنه لم يوافقهم أحد في المناط^(٢).

ثالثاً: شروط صحة المربحة للأمر بالشراء:

شروطها شروط صحة المربحة البسيطة نفسها، ويضاف إليها شرط التملك من المشتري الأول للسلعة، وتحقق أنها صارت في حوزته، وصارت في ضمانه قبل إعادة بيعها للأمر بالشراء، فلا يعقدان قبل أن يملكها المشتري الأول^(٣).

(١) انظر: ابن جزير، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص ١٧١.

(٢) انظر: د يوسف القرضاوي، بيع المربحة للأمر بالشراء، مرجع سابق، ص ٣٨.

(٣) انظر: د. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٦٩.

المطلب الرابع عقد المضاربة

وفيه فروع:

الفرع الأول: التعريف والحكم:

أولاً: التعريف:

وتسمى المضاربة أو القراض، والقراض بكسر القاف مشتق من القرض وهو القطع، وسمي بذلك لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من الربح، وسمي القراض مضاربة لأن العامل يضرب في الأرض للتجارة، يقال: ضرب في الأرض أي سافر، فأهل الحجاز يسمونه قراضاً، وأهل العراق يسمونه مضاربة^(١). والمراد بها عند الفقهاء: دفع مال معلوم لمن يتجر به ببعض ربحه^(٢).

ثانياً: حكم المضاربة:

وعقد المضاربة جائزة بالاتفاق، لكن لم يأت فيها نص صريح من القرآن أو السنة، ونقل ابن المنذر^(٣) (ت ٣١٨ هـ) رحمته الله الإجماع على صحة المضاربة، قال: «وأجمعوا على أن القراض بالدنانير والدراهم جائز»^(٤).

(١) انظر: النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف (ت ٦٧٦ هـ)، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق: عبدالغني الدقر، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ، ص ٢١٥.

(٢) انظر: البهوتي، منصور بن يونس (ت ١٠٥١ هـ)، الروض المربع، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، ١٣٩٠ هـ، ج ٢/ ص ٢٦٨.

(٣) الإمام ابن المنذر: أبوبكر إبراهيم بن المنذر النيسابوري، في عداد فقهاء الشافعية، ولم يكن يقلد أحداً في آخر حياته، من تصانيفه الإجماع، وله تفسير كبير للقرآن، توفي سنة ٣١٨ هـ. انظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، مصدر سابق، ص ٢٠١؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ١٤/ ص ٤٩٠.

(٤) ابن المنذر، محمد بن إبراهيم النيسابوري أبوبكر (ت ٣١٨ هـ)، الإجماع، تحقيق: د. فؤاد عبدالمنعم أحمد، دار الدعوة، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، ١٤٠٢ هـ، ص ٩٨.

قال ابن حزم رحمه الله: «كل أبواب الفقه ليس منها باب إلا وله أصل في القرآن والسنة نعلمه - والله الحمد - حاشا القراض فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة، ولكنه إجماع صحيح مجرد، والذي نقطع عليه أنه كان في عصر النبي صلى الله عليه وسلم وعلمه فأقره ولولا ذلك ما جاز»^(١). وقد نقل الشوكاني الآثار في المضاربة عن الصحابة رضي الله عنهم، ثم قال الشوكاني رحمه الله: «هذه الآثار تدل على أن المضاربة كان الصحابة يتعاملون بها من غير نكير، فكان ذلك إجماعاً منهم على الجواز»^(٢).

الفرع الثاني: شروط صحة عقد المضاربة ودخول الحيل عليه:

أولاً: شروط صحة المضاربة:

- ١- تحديد نسبة الربح للمضارب، فشرط صحة المضاربة أن يكون الربح جزءاً معلوماً كالربع أو الثلث من الربح، ولا يصح أن يشترط له دراهم معدودة.
- ٢- أن يكون الربح مشاعاً في المال، أي لا يكون محددًا بجزء منه، لئلا يقع الظلم على أحدهما.
- ٣- ضمان رأس المال على صاحب المال لا على المضارب، لأن يده يد أمانة، فلا يضمن إلا إذا ثبت تفريطه أو تعديده، أو خالف شرط عقد المضاربة، بأن تاجر بذات الروح أو سافر بالمال وقد نص صاحب المال على منعه من ذلك، أو باع بالأجل وقد اشترط عليه البيع نقداً فقط، قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن رب المال إذا نهي العامل أن يبيع بنسيئة فباع بنسيئة أنه ضامن»^(٣).

(١) ابن حزم الظاهري؛ علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت ٤٥٦ هـ)، مراتب الإجماع، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. ط، د. ت، ص ٩٢.

(٢) الشوكاني، محمد بن علي (ت ١٣٥٥ هـ)، نيل الأوطار، دار الجليل، بيروت، د. ط، ١٩٧٣ م، ج ٥/ص ٣٩٤.

(٣) ابن المنذر، الإجماع، مصدر سابق، ص ٩٨.

٤- أن يكون رأس مال المضاربة من النقد، فلا يصح أن يكون رأس مال المضاربة من العروض، أي لا تجوز المضاربة بأن يعطيه البضاعة يضارب بها، إلا أن يبيعها ثم ينشئ المضاربة من ثمنها^(١). وعلة اشتراط ما سبق أن عقد القراض من العقود التي فيها غرر ومخاطرة، لأنه إجارة مجهولة القيمة، لكن أجزيت ترفقا بالناس وجلبا لمصالحهم، وعليه اتفق الفقهاء أنه لا يجوز أن يضاف إليه ما يزيد في الغرر زيادة على ما هو في أصله؛ كأن لا يحدد نسبة المضارب من الربح، أو يحدد ربحه من جزء معين منه، أو يشترط ضمان رأس المال على المضارب^(٢).

فهذه أهم شروط شركة المضاربة، ولا زالت المضاربة صيغة يعمل بها في المشاركة والتمويل منذ صدر الإسلام إلى يومنا هذا.

ثانيا: الحيل لاشتراط ضمان رأس المال في عقد المضاربة:

تدخل الحيل على عقد المضاربة لقصد صاحب المال أن يضمن المضارب رأس المال، حتى لو لم يتعد، حرصا منه على الخروج من الخطر و تحميل المضارب الخسارة، لذا ذكر الفقهاء حيلة فقهية في عقد المضاربة: بأنه بدل أن يعطيه المال مضاربة يسلفه هذا المال إلا شيئا يسيرا ثم يدفع الباقي له مضاربة ثم يشتركان في الربح على ما يتفقان عليه^(٣). وقد أنكر متأخرو الحنفية هذه الحيلة لأنها تتحول بهذا التصرف إلى شركة عنان^(٤)،

(١) انظر: النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج ٤/ ص ١٩٨؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٥/ ص ٢١.

(٢) انظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٢٨٥.

(٣) انظر: محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مصدر سابق، ص ٧٦.

(٤) شركة العنان: أن يشترك اثنان في شيء خاص يعن لهما، أي شيء محدد من مالهما دون بقية أموالهما. و سميت بذلك من عن الشيء يعن إذا عرض، لأن كل واحد منهما يعارض الآخر بالمال والعمل. انظر: النسفي، طلبة الطلبة، مصدر سابق، ص ٢٢٠؛ الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص ٤٣٣؛ البعلي، المطلع على أبواب المقنع، مصدر سابق، ص ٢٦٠.

ولكن شرط فيها العمل على الأكثر مالا وهو لا يجوز عندهم بخلاف العكس فإنه يجوز^(١).

وذكر ابن القيم جملة من الحيل المتعلقة بتضمين المضارب رأس المال، لكن يلاحظ أن ابن القيم لم يوردها في قسم الحيل الذي يرى جوازه^(٢).

المطلب الخامس

بيع الأجل وبيع التقسيط

المسألة الفقهيّة الأخيرة التي تستند إليها جل صيغ التمويل في المصارف هي بيع الأجل بصيغة التقسيط، حيث إنه سبق وذكرنا أن العميل يأتي للمصرف لميزة البيع الآجل، ويغلب على اتفاقية السداد لهذه البيوع أن تكون مقسطة على الأشهر.

أنواع البيوع من حيث السداد:

البيوع من حيث السداد للقيمة نوعان: إما أن تكون عاجلة السداد، وإما أن تكون آجلة أو نسيئة، وهذه الصيغ متعارف عليها منذ القدم، لكن ما يجري منها في المصارف هو البيع الآجل، وبيع التقسيط من البيوع المؤجلة أو بيوع النسيئة، وهو نوع من الاتفاق على طريقة تسديد قيمة السلعة المشتراة.

الفرع الأول: المراد ببيع التقسيط وأهميته في صيغ التمويل:

أولاً: المراد ببيع التقسيط:

القسط لغة: الحصة والنصيب، وتأتي بمعنى الميزان أو مكيال يسع نصف صاع^(٣). ويقال: مال مقسط أو مال منجم، أي: إلى أوقات معلومة يحل كل نجم لوقته المعلوم،

(١) انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج ٥/ ص ٦٤٦.

(٢) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٦٢.

(٣) انظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص ٦٨٣.

وإنما سميت نجوماً لأن العرب في بدايتها وأوليتها لم يكونوا يعرفون الحساب للأشهر إلا بالنجوم^(١).

وبيع التقسيط: هو الذي يدفع فيه المشتري قيمة السلعة منجمة أو مقسطة بأقساط محددة على أزمته متعاقبة، وعرف بأنه: بيع يعجل فيه المبيع ويتأجل الثمن، كله أو بعضه، على أقساط معلومة لآجال معلومة^(٢). ولا يشترط في هذه الدفع المالية أن تكون متساوية في القيمة، ولا في الأشهر أن تكون متتابة، وهذا يرجع إلى اتفاق المتبايعين.

ثانياً: أهمية بيع التقسيط للمصارف:

حيث سبق أن ذكرت أن معظم الصيغ تدور على بيوع آجلة، فإن التقسيط هو وسيلة السداد لجل هذه الصيغ، فالتقسيط يضمن استمرار العميل في السداد المتتابع، ويسهل الأمر عليه، وأيضاً فإن المصرف يقلل المخاطر بهذه الصيغة في السداد. بل إن المصارف تحتاط لمصلحتها بأن تشترط أنه إذا تأخر العميل عن سداد قسطين متتاليين فإن لها الحق في المطالبة بجميع الأقساط فوراً ويكون جميع الدين المتبقي حالاً، وسنين ذلك عند ذكرنا لتصرفات المصارف لردع العملاء عن الماطلة في التسديد في المبحث القادم.

الفرع الثاني: حكم بيع التقسيط وشروط صحته:

أولاً: حكم البيع بالآجل وبيع التقسيط:

إن الأصل في المعاملات الحل، وحقيقة البيع بالتقسيط أنه بيع بالآجل، وبيع بالآجل جائز في الجملة، ويكون الثمن فيه أكثر من البيع الحال كحال جميع بيوع الآجال^(٣)،

(١) الأزهرى؛ أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي (ت ٣٧٠ هـ)، الزاهر، تحقيق: د. محمد جابر

الألفي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الأولى، ١٣٩٩ هـ، ص ٤٢٩.

(٢) انظر: د. رفيع يونس المصري، بيع التقسيط، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٠ م، ص ٧.

(٣) د. رفيع يونس المصري، بيع التقسيط، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٠ م، ص ٣٩.

وأصل صحة البيع بالأجل ما صح عن النبي ﷺ أنه رهن درعه في دين ليهودي في شعير اشتراه منه بالأجل، فعن عائشة رضي الله عنها قالت: (توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير)^(١). والفرق بين بيع التقسيط وبيع الأجل العادي أن الثمن في البيع بالأجل يحل دفعة واحدة، وفي بيع التقسيط يحل تباعاً، بحيث يلزمه سداد جزء منه كل شهر أو كل مدة، حتى يستوفي المبلغ كله، وهذا لا أثر له على صحة البيع. أما زيادة القيمة لأجل تأجيل سداد لقيمة فهي جائزة أيضاً باتفاق الفقهاء، فالزيادة لكون السداد مؤجلاً هي لأجل الزمن وليست ممنوعة شرعاً^(٢).

ثانياً: شرط صحته:

ويشترط لصحة بيع التقسيط ما يشترط لصحة بيوع الآجال، وهو أن لا يفترقا من مجلس البيع إلا وقد حددا الثمن والأجل، والمنهي عنه أن يفترقا ولم يتفقا على السعر، وهي من الصور التي فسر بها مراد الشارع في الحديث الذي يرويه أبو هريرة رضي الله عنه قال: (نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة)^(٣). «قال بعض أهل العلم: (بيعتين في بيعة) أن يقول: أبيعك هذا الثوب بنقد عشرة وبنسيئة بعشرين، ولا يفارقه على أحد البيعين، فإذا فارقه على أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على أحد منهما»^(٤). وفسر به أيضاً النهي في

(١) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٥١٣، كتاب الجهاد والسير، باب: ما قيل في درع النبي ﷺ والقميص في الحرب، ح: ٢٩١٦.

(٢) انظر: دوهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٦١.

(٣) رواه الترمذي والنسائي، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم.

انظر: سنن الترمذي، مصدر سابق، ج ٣ / ص ٥٣٣، كتاب البيوع، باب ماجاء في النهي عن بيعتين في بيعة، ح: ١٢٣١؛ سنن النسائي، مصدر سابق، ج ٧ / ص ٢٩٥، كتاب البيوع، باب بيعتين في بيعة، ح: ٤٦٣٢.

(٤) الإمام الترمذي، سنن الترمذي، مصدر سابق، ج ٣ / ص ٥٣٣.

قول رسول الله ﷺ: (من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا)^(١)، ومما فسرت به البيعتان: أن يتردد البيع بين الآجل والعاجل بثمنين مختلفين، ويفترقان ولما يتفقا على أحدهما، وهذا المنع لأنه ذريعة للربا، بسبب التردد في المعاملة^(٢).

(١) رواه أبوداود في سننه، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٢٧٤، كتاب الإجارة، باب فيمن باع بيعتين في بيعة، ح: ٣٤٦١.

(٢) انظر: الصنعاني؛ محمد بن إسماعيل الأمير (ت ٨٥٢ هـ)، سبل السلام، تحقيق: محمد الخولي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٣٧٩ هـ، ج ٣/ ص ١٧.

المبحث الثالث

الحيل الواقعة في صيغ التمويل لدى المصارف الإسلاميّة

تناولت في هذا المبحث الحيل في التمويل بصيغة بيع المرابحة للأمر بالشراء، ثم الحيل في التمويل بصيغة التورق المنظم، ثم الحيل في التمويل بصيغة الإجارة المنتهية بالتملك، ثم بحثت في بعض الحيل لدى المصارف لأخذ الفائدة الممنوعة من العميل، وختمت البحث بالحيل لدى المصارف لدفع فائدة مالية للعميل..

تمهيد

بعد بحث المسائل الفقهيّة الرئيسيّة التي بنيت عليها صيغ التمويل في المصارف الإسلاميّة وبيان حكم كل منها في المبحث السابق، تناولت أهم صيغ التمويل لدى المصارف المعاصرة المبنيّة على المسائل التي سبق دراستها

وسبب بحث هذه الصيغ بعينها وجود التهمة بدخول الحيل الفقهيّة عليها أو أنها رُكبت وصيغت تحيلاً على محظورات شرعية، مما جعلها محل نقاش بين الفقهاء بين مانع لها ومجيز بناء على حكم الحيل الفقهيّة عنده، وهدفي من دراسة هذه الصيغ تطبيق ما تم بحثه وتقريره من قرائن معرفة وجود الحيل في التصرفات والعقود، وتطبيق معايير الحكم على الحيل الفقهيّة، وذلك بما يأتي:

١- إثبات وجود التحيل فيها من عدمه، في ضوء القرائن الكاشفة لمعرفة وجود التحيل.

٢- حكم الحيلة في تلك الصيغ، في ضوء معايير الحكم على الحيلة.

لذا لن أبحث - بقدر الاستطاعة - في الموضوعات الأخرى المتعلقة بهذه الصيغ وحكمها والمآخذ عليها مما هو خارج موضوع الحيلة، لئلا يخرج البحث عن موضوعه الأصلي.

وسعيًا من الفقهاء المعاصرين للفرقة بين الصيغة القديمة أو الأصلية وبين الصيغة المستحدثة للعقد نجدهم يقومون بتسمية الصيغ المعاصرة بمسمى جديد، أو تمييزها بإضافة لقب لها يميزها عن الصيغة القديمة. فتسمى: الصيغة الفقهية، أو الصيغة البسيطة.

فمثلاً: مصطلح التورق الفقهي أو التورق البسيط يراد به التفرقة بين التورق المعروف لدى قدامى الفقهاء والتورق المنظم الذي تجريه المصارف الإسلامية، وهكذا يقال: عقد المربحة البسيط، ومقابله عقد المربحة المركب الذي تجريه المصارف. وهذا ماسوف أسير عليه في هذا البحث.

المطلب الأول

الحيل في التمويل بصيغة بيع المربحة للأمر بالشراء

سبق بيان حكم المراد بالمربحة البسيطة، وذكرنا جوازها لدى الجمهور، وبتناول هنا المربحة التي تجريها معظم المصارف الإسلامية، وهي المربحة للأمر بالشراء مع الوعد الملزم أو بدونه.

الفرع الأول: المراد بالمربحة للأمر بالشراء:

أولاً: المراد بعقد المربحة للأمر بالشراء الذي تجريه المصارف الإسلامية:

المراد بالمربحة للأمر بالشراء: «أن يطلب المشتري من المربح - فرداً كان أو مؤسسة -

شراء سلعة معينة، ويحدد أوصافها على أن يشتريها بثمنها وزيادة ربح معلوم»^(١).

وحددت أيضاً بحالة: «أن يلجأ أحد إلى المصرف الإسلامي فيلتمس إليه شراء سلعة

ما، يحدد له مواصفاتها وثمنها ومصدرها، ثم يعده بشرائها منه مربحة على تكلفتها عندما

(١) د. عطية فياض، التطبيقات المصرفية لبيع المربحة، مرجع سابق، ص ٦٤.

يشتريها المصرف»^(١). فهي تتضمن عقد بيع مرابحة صريح، يتم عقب شراء المصرف للسلعة، بناء على ربح مسمى على رأس مال معلوم، وتتضمن هذه المعاملة اتفاقا سابقا قبل إجراء العقد وقبل شراء المصرف للسلعة، ويمكن تسميتها بمرحلة الوعد، وقد يقترن هذا الوعد بضمانات لدى بعض المصارف، كالوعد الملزم، ثم تأتي مرحلة العقد بعد شراء المصرف للسلعة.

فالمرابحة للأمر بالشراء تمر بمرحتين:

الأولى: مرحلة الوعد.

والثانية: مرحلة العقد^(٢).

وقد يطلق عليه عقد المرابحة المركب، لأنه يضاف له عقود أخرى أو شروط.

ثانيا: الفرق بين عقد المرابحة الفقهي البسيط وعقد المرابحة لدى المصارف

الإسلامية:

هناك فروق رئيسة بين المرابحة البسيطة، وعقد المرابحة الذي تجريه المصارف، وأهمها:

١- يسبق المرابحة المصرفية الوعد أو المواعدة بين الطرفين؛ المصرف والعميل، والغالب أنها تكون ملزمة في عقود المصارف، وهذا الأمر لم يكن موجودا في المرابحة البسيطة، وهذا جوهر الفرق في الحقيقة.

٢- في عقد المرابحة البسيطة الغالب وجود السلعة ابتداء لدى البائع، أما في المرابحة

المصرفية فالغالب أن المصرف لا يملك السلعة عند إنشاء الوعد بالشراء.

٣- الغالب في المرابحة المصرفية أن يكون الشراء بالأقساط المؤجلة، أما في المرابحة

البسيطة فاحتمال الشراء بالعاجل وارد بنفس احتمال الآجل.

(١) انظر: د. عبدالعظيم أبوزيد، بيع المرابحة وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص ٩٥.

(٢) المرجع نفسه، ص ٩٥.

٤- تحصل المرابحة البسيطة في كل السلع، أما في المرابحة المصرفية فغالبا ما تكون في السلع التي يأمن المصرف من تلفها، لذا يتجنب المصرف عقود المرابحة في الأطعمة أو الحيوانات^(١).

الضرب الثاني: إجراءات عقد المرابحة الذي تجريره المصارف:

إن الغالب في معاملات المرابحة في المصارف أن البيع يكون بالأجل، لأنه لا يلجأ للمصرف لشراء السلعة مرابحة إلا من يطلب التسهيل في السداد الآجل، وإلا لذهب مباشرة لمالك السلعة. ويمر البيع بهذه الإجراءات:

- ١- يطلب العميل من المصرف شراء سلعة ما، وقد يحدد الجهة التي تبيعها.
 - ٢- يدرس المصرف قدرة العميل على الوفاء بقيمة السلعة إذا وافق المصرف على طلب المرابحة، وهذا بتقويم قدرة العميل على الأداء لثمن العين التي يطلبها.
 - ٣- يوقع المصرف مع العميل وعدا ملزما بشراء السلعة بعد تملك المصرف لها.
 - ٤- يتفق المصرف والعميل على سعر السلعة، والمرابحة فيها، وطريقة السداد سلفا.
 - ٥- يتم المصرف عملية الشراء للسلعة، ويستلمها أو يحوزها حسب نوعها.
 - ٦- يوقع المصرف عقد بيع مع العميل، حسب المرابحة المتفق عليها، وحسب الاتفاقية بينهما على السداد المؤجل في الغالب.
 - ٧- يسلم المصرف السلعة للعميل^(٢).
- بهذا انتهت عملية المرابحة، وبقي أن يسدد العميل الأقساط التي اتفق عليها للمصرف.

(١) د. عبدالعظيم أبوزيد، بيع المرابحة وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص ٩٠.

(٢) انظر: أحمد سالم ملحم، بيع المرابحة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ٦٢.

وقد تجنبت عند إيرادي للإجراءات ذكر أي إجراء قد يخل بسلامة العقد، وهو محل خلاف بين الفقهاء، مثل موضوع كيفية حيازة المصرف للسلعة من البائع الأول قبل إعادة بيعها، حيث سأتناولها لاحقاً.

ويظهر هنا أن البيع تم بطلب من العميل للسلعة، واشترى المصرف السلعة وحازها، ثم تم توقيع عقد البيع مع العميل، ثم تسليم السلعة له، فهي مرابحة جائزة عدا العقد الأول، وهو توقيع عقد يلزم العميل بالشراء. وواقع الأمر أن المصارف قد توقع عقدا يلزم المصرف بتسليم السلعة للعميل بعد الشراء أيضاً، أي أن الإلزام للطرفين، لكن الأهم في دراسة الصيغة: موضوع إلزام العميل بوعده بالشراء، وهو ما سنتناوله فيما يأتي.

الفرع الثالث: حكم الوعد الملزم في بيع المرابحة للأمر بالشراء، وعلاقته بالحيل:

أولاً: تحرير محل النزاع:

لا يمكن فهم حقيقة هذه الصيغة إلا بتفكيكها إلى العقود التي ركبت منها، لأنها صيغة مركبة من عدة عقود، فالنظر فيها يدور على عدة مفردات:

١- عقد المرابحة للأمر بالشراء ذاته، مجرداً من الوعد الملزم، وقد بينا حكمه في المبحث السابق، وذكرنا جوازه لدى جمهور العلماء عدا المالكية.

٢- دراسة مدى شرعية صيغة الوعد الملزم لأنه الإضافة التي لأجلها تغيرت صورة العقد؟

٣- لو فرضنا شرعية الوعد الملزم فهل العقد المركب المسمى بالمرابحة للأمر بالشراء

مع الوعد الملزم يوجد فيه حيلة، وما حكمها؟

ثانياً: أقوال الفقهاء في حكم الوعد الملزم:

الفريق الأول: المجيزون لهذه الصيغة، اعتبروها من جملة الوعد والعهد الذي أتت

الشريعة بالإلزام به.

والفريق الثاني: المانعون لهذه الصيغة في الوعد، حيث اعتبروا أنه بإلزام العميل بالشراء

يكون شراء المصرف للسلعة صورياً، حيث قد اتفق ابتداءً على بيعها للعميل؟

بل اعتبر بعض الباحثين أن توقيع الوعد الملزم بالشراء هو عقد بيع أيًا ما كان اسمه، وإن تغيير اسمه ليس سوى حيلة لبيع ما لا يملك؟^(١).

وقع الخلاف بين الفقهاء المعاصرين في جواز الوعد الملزم، وسنذكر طرفا من أدلتهم، لكنها كلها تصب في موضوع واحد؛ مدى وجود حيلة للتعامل بالربا في هذه الصيغة؟

ثالثا: أدلة الضريقتين:

سأورد الأدلة مجتهدا في الاقتصار على أهم الأدلة لدى الطرفين.

أدلة القائلين بجواز الوعد الملزم:

١ - استدلوا بعموم الآيات والأحاديث الواردة في الوعد والعهد، ومن ذلك:

قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهِمُ الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ. كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾^(٢). وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْتِنَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾^(٣). واستدلوا من السنة بحديث: (آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان)^(٤)، والشاهد في الحديث: وإذا وعد أخلف.

٢ - من أقوال الفقهاء: استدلوا بما ورد عن ابن شبرمة^(٥) (ت ١٤٤ هـ) أن الوعد كله لازم، ويقضى به على الواعد ويجبر على تنفيذه.

(١) انظر: د. سعود محمد الربيعة، صيغ التمويل بالمرابحة، منشورات مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م، ص ٧١ و ٧٥.

(٢) سورة الصف، الآيتان [٢-٣].

(٣) سورة المؤمنون، الآية [٨].

(٤) رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، ص ٢٤، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، ح: ٣٣.

(٥) ابن شبرمة: عبدالله بن شبرمة بن طفيل بن حسان الضبي، من التابعين، فقيه ومحدث، كان من أئمة الفروع أما الحديث فلم يكن مكثرا منه، كان قاضيا للكوفة، ووثقه كثير من علماء الحديث منهم الإمام أحمد، توفي سنة ١٤٤ هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج ٦/ ص ٣٤٧.

واستدلوا أيضا بالجمع أو التلفيق بين القول بصحة الإلزام بالوعد لدى المالكية؛ ويجوز المربحة من كلام الإمام الشافعي الذي سبق ذكره، والصيغة مركبة من هذين الأمرين.

٣- واستدلوا من المعقول: أنه لولا مبدأ الإلزام في الوعود التي بين المسلمين وإلا لما كان لها قيمة ابتداء، والوعد في البيوع مثله مثل أي وعد آخر^(١).

أدلة المانع للوعد الملزم :

١- استدلوا على منعهم لهذه الصيغة بأن حقيقتها حيلة على الربا، أو أنها ذريعة للتوصل إلى الربا، فجوهر الاستدلال لديهم؛ خشية التوصل بهذه المعاملة إلى الربا، ولأجل هذه العلة منع المالكية الصيغة البسيطة للأمر بالشراء ابتداء^(٢)، وكل الأدلة التي سبق ذكرها في منع الحيل الفقهيّة يستدل بها المانعون، وتدور على خشية التوصل أو التحيل بهذه المعاملة على الربا.

٢- استدلوا بأنه لم يرد عن أحد من الفقهاء من أجاز المربحة وأجاز الوعد الملزم معها.

فهذا القول تلفيق بين أقوال الفقهاء والمذاهب، ولم يقل به أحد، فمن أجاز الوعد الملزم لم يجز بيع المربحة، ومن أجاز المربحة لم يجز الوعد الملزم، فالمالكية الذين ينقل عنهم جواز الإلزام في الوعد يمنعون هذه المربحة ابتداء ويعدون منها من بيوع الذرائع المنوعة لأجل الربا^(٣). وأيضا فإن الإلزام الذي ذكره المالكية للوعد لم يكن في عقود المعاوضات

(١) انظر: د يوسف القرضاوي، بيع المربحة للأمر بالشراء، مرجع سابق، ص ٦٥؛ أحمد سالم ملحم، بيع المربحة، مرجع سابق، ص ١٦٤.

(٢) انظر: ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، ص ٣٢٥.

(٣) انظر: ابن جزير، القوانين الفقهيّة، مصدر سابق، ص ١٧١.

كالبيوع، وإنما كان في مسألة متعلقة بالتطوع والتبرع، وفقه المذهب المالكي عموماً لا يوجد فيه إلزام بالوعد في المعاوضات^(١). وأما الإمام الشافعي الذي يميز المرابحة فلم يتقل عنه جواز الإلزام، كما سبق ذكر نصه في المسألة في جواز المرابحة البسيطة. والحاصل أن هذا العقد المركب تلفيق بين كلام الفقهاء!

٣- إن الإلزام بهذا الوعد صار كأنه عقد بيع، وليس مجرد وعد بالشراء، ودليل ذلك أن الآثار المترتبة على الوعد الملزم تماثل وتساوي آثار عقد البيع، فيدخل عقد المرابحة بالوعد الملزم في حكم بيع ما لا يملك، وهو من البيوع المنهي عنها^(٢).

رابعاً: مناقشة الأدلة:

١- مناقشة أدلة المجيزين للوعد الملزم:

استدل المجيزون بعموم النصوص الواردة في وجوب الوفاء بالوعد، وهي ليست من الأدلة المباشرة في المسألة كما هو ظاهر، وإلا لما وقع الخلاف ابتداءً، واستدلوا بنقول عن بعض الفقهاء وهي ليست هي من الأدلة الشرعية القاطعة كما هو معروف، أما تلفيقهم بين مذهبي المالكية والشافعية في الصيغة فقد ذكرنا سابقاً أن التلفيق لا يصح إذا خالف الإجماع أو أدى لقول محدث لم يقل به أحد الفقهاء القائلين بطرفي الصيغة المستحدثة^(٣)، والفقهاء الذين هم طرفاً الصيغة الحادثة هنا - أي المالكية والشافعية - لا يصححون هذه الصيغة! وأهم استدلالاتهم في صلب الموضوع: أهمية الإلزام في استقرار المعاملات بين الناس، وإلا فقد يمتنع المصرف لخوفه من النكول، وهذا من أوجه أدلتهم في المسألة.

(١) انظر: د. عبدالعظيم أبوزيد، بيع المرابحة وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص ١٧٣.

(٢) انظر في أدلة المانعين: د. سعود محمد الربيع، صيغ التمويل بالمرابحة، مرجع سابق، ص ٦٣؛ د

رفيق المصري، بحوث في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

(٣) انظر حكم التلفيق في هذا البحث، ص ٢٠٥.

٢ - مناقشة أدلة المانعين:

إن استدلالهم يدور على أمرين: منع التحيل، وسد الذرائع، والمصطلحان في هذا الموضوع يجملان المعنى نفسه، إذ الجامع بينهما النظر لمآل التصرف ومنع هذا العقد لأجل ما يؤول إليه، وعليه فما حقيقة وجود التحيل هنا؟ وما حكمه؟ هذا ما سنتناوله فيما يأتي.

الضرب الرابع: حقيقة وجود التحيل في المراجعة بشرط الوعد الملزم: أولاً: إثبات وجود التحيل في صيغة الوعد الملزم:

ذكرت سابقاً قرائن معرفة وجود التحيل في المعاملات، ولو نظرنا في صيغة المراجعة مع الوعد الملزم، نجد من قرائن إرادة التحيل الفقهي ما يأتي:

القرينة الأولى من قرائن التحيل: الجمع بين عقدين وفيهما بيع أجل، فإن صيغة هذا العقد تجمع بين عقدين في معاملة واحدة، فالعقد الأول هو البيع وأدخل عليه الوعد بالشراء الملزم، ولا فرق كما ذكرنا سابقاً في تقديم أحدهما على الآخر، ومع وجود بيع بأجل في المعاملة يكون مآل التصرف ترتب دين أجل على الأمر بالشراء لصالح المصرف. وهذا الجمع بين العقدين قرينة على التحيل سواء أسمىنا موضوع الإلزام عقداً أم شرطاً في العقد فلا فرق، إذ العبرة بأثر هذه الإضافة التي يترتب عليها إلزام الأمر بالشراء بإتمام العقد أو ترتب الجزاءات عليه إذا نكل في وعده، فالصيغة بلا شك يوجد بها حيل فقهيّة، ولا يستطيع أحد أن ينفي وجود شبهة التحيل، ومن يرى أنه يمنع الإلزام سداً للذريعة الربا أو منعاً للتحيل فله وجه حق في ذلك ولا شك.

القرينة الثانية: وجود الصورية في العقد: وهي أهم القرائن. فهل المبيعات التي تتم من المصرف للعملاء بيوع حقيقية أم صورية؟ ولإثبات ذلك ندرس العقد من جهتين، الجهة الأولى: حقيقة البيوع التي تتم بين المصرف والعميل؟

وقد بينت في المبحث السابق أن المراجعة للأمر بالشراء يميزها جمهور العلماء، وإنما الخلاف في صيغة الوعد الملزم المضاف على هذه المعاملة.

فالذي يبطل شبهة التحيل على الربا هو: أن يكون عقد البيع الذي تم بين المصرف والبائع الأول للسلعة حقيقياً، فإن كان البيع خالياً من حيازة المصرف للسلعة، أي الحيازة التي تجعله ضامناً للسلعة، فإنه يكون بيعاً صورياً، وهو حيلة على الربا، وما الوعد الملزم والسلعة التي في المنتصف إلا وسائل للتحيل على الفائدة الربوية.

والجهة الثانية للكشف عن وجود الصورية في المعاملة: النظر إلى ما دخل في اليد وما خرج منها، وتقوم القاعدة على مبدأ النظر في طرفي المعاملة دون ما يتم في أثنائها، ويعمل بها في مثل هذه البيوع الآجلة^(١). وهذه القاعدة معيار وميزان هام في دراسة مثل هذه العقود المركبة، ولو طبقنا هذه القاعدة على المربحة المصرفية بشرط الوعد الملزم نجد: أحد أطراف المعاملة خرج من يده مال وسيعود إليه بأكثر من ذلك، فكأنه قرض بفائدة! فما سبق من قرائن يكفي في إثبات وجود الحيلة في هذه الصيغة.

ثانياً: حكم هذه الحيلة؟

كما سبق ظهر لنا وجود الحيلة الفقهية في عقد التمويل بصيغة المربحة للأمر بالشراء مع الوعد الملزم، فهل هي من الحيل المحرمة؟ هناك أمر لا بد من تبيينه قبل الحكم على الحيلة، وهو: حقيقة الدور الذي يقوم به المصرف في التوسط بين العميل الأمر بالشراء ومالك السلعة الأول.

معييار الوساطة التجارية:

إن السؤال المحدد لدور المصرف في هذه الصيغة: هل دور المصرف الإسلامي عند التعامل بهذه الصيغة دور وسيط تجاري أم هو وسيط مالي؟ والوسيط التجاري نقصد به يشتري سلعة من طرف ثم يعيد بيعها لطرف آخر، والوسيط المالي هو من يمول طرفاً مالياً ليشتري السلعة من طرف ثالث، ويأخذ فائدة على ذلك، كحال جميع البنوك الربوية^(٢).

(١) القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج ٢/ ص ١٠٥٧.

(٢) انظر: د ربيع الروبي، بيع المربحة للأمر بالشراء، مرجع سابق، ص ٤١.

للإجابة على هذا السؤال لابد من التحقق من قبض المصرف للسلعة وضمانه لها قبل تسليمها للعميل، وأيضا ضمانه لها بالعيب الخفي بعد استلام العميل لها، فهذه الأمور يتحقق كونه عقد مبيعة صحيح، إذ إن الفرق الحقيقي بين المصرفين يكمن في هذه الحقيقة، فالمصارف الإسلاميّة يفترض بها أن تكون وسيطا تجاريا، بعقود صحيحة؛ لتصح معاملتها في المتاجرة بأنواعها، لأجل ذلك لابد من الحرص على صحة عقد الشراء الأول الذي قام به المصرف مع المالك الأصلي للسلعة، وصحة عقد البيع الذي يتم مع العميل الأمر بالشراء، وإلا انتقلت المصارف الإسلاميّة إلى الوساطة المالية أيا ما كان مساهما، وهذا التحقيق لنوع الدور الذي يقوم به المصرف هو أهم ما يرجح به في حكم الصيغة.

وإن خشية الخسارة في عملية البيع أو المخاطرة مهما كانت هذه المخاطرة ضئيلة أو نادرة هو معيار كونها تجارة حقيقية وليست صورية، لكن عندما تكون المخاطرة في حكم المعدوم نكون قد دخلنا في عملية الوساطة المالية حقا، أي أنه ليكون المصرف وسيطا تجاريا لا بد أن يجري معاملات بيع حقيقية يدخل فيها الربح والخسارة، مهما كانت نسب وقوعها أو توقع حدوثها^(١).

وهذه القاعدة تصلح في جميع أعمال المصارف، وهي كاشفة لحقيقة الوساطة التي يقوم بها المصرف، ما دامت الصيغة تتم بواسطة أطراف متعددة.

تحديد نوع وساطة المصرف الإسلامي في هذه الصيغة:

ولتحديد نوع الوساطة في صيغة المربحة التي ذكرنا دخول الحيلة عليها سابقا ينبغي النظر في جوهر عمل المصرف في هذه المعاملة؟ فإننا يمكن أن نرى بوضوح أن السلعة لغو؛ لأن المصرف يشتريها من طرف ثم يبيعها للعميل، فالسلعة لا تستقر وليست

(١) انظر: عبدالرحمن بن حامد الحامد، تجربة البنوك التجارية السعودية في بيع المربحة، مرجع سابق،

مطلوبة، والوعد الملزم لا يجعل هناك مجالاً لإلغاء الوعد، ومن المؤشرات على ذلك: أنه في بعض المصارف يقوم العميل بتوقيع كمبيالات السداد قبل شراء المصرف للسلعة، وهذا مما يؤكد وجود الحيلة^(١). فالذي يظهر أن المصرف بهذه الصيغة لم يشتر ولم يبيع بالصورة الشرعية التي فيها قبض وضمان لما تملكه قبل إعادة بيعه للعميل، فهو ضامن للربح في كل الحالات، وهذا حال الوساطات المالية، وهذا صار أقرب للوساطة المالية.

الفرع الخامس: الترجيح في حكم المربحة المصرفية:

بناء على ما سبق يظهر لي أن الأولى والأقرب لمقاصد الشرع ترك الإلزام خروجاً من شبهة التحيل على الربا، وعليه فإن نسبة من المصارف الإسلامية لا تتعامل بالوعد الملزم، التزاماً منها بالخروج من شبهة وتحقيقاً للمقاصد الشرعية.

التحرز مما قد يقع جراء إيقاف المربحة بشرط الوعد الملزم:

لكن مما ينبغي التنبيه له أنه قد يترتب على ترك الإلزام أن تقوم تلك المصارف بتضييق معاملات المربحة في السلع غير المتداولة بين الناس في العادة، أي السلع التي قد لا تقدر المصارف على إعادة بيعها بسهولة، وكذلك السلع التي تخشى من الخسارة عند إعادة بيعها، وبهذا تخرج نسبة لا يستهان بها من السلع من عمليات المربحة، ولو أضفنا لذلك أن السلع التي تخرج في الغالب ليست السلع التي يحتاجها الناس في خاصة استخداماتهم، بل إن السلع التي ستخرج من عقود المربحة ستكون في الغالب الأجهزة الدقيقة المتخصصة باهظة الثمن التي تحتاجها بعض المستشفيات أو المصانع، وتمس احتياج عموم الناس، وتساهم في تنمية المجتمع، لأنها عادة يصعب إعادة بيعها، وفي هذا تفويت لمصلحة عامة وهامة ولا شك^(٢).

(١) انظر: د سامي السويلم، التورق والتورق المنظم، مرجع سابق، ج ٢/ ص ٦٠٩.

(٢) انظر: عبدالرحمن الحامد، تجربة البنوك التجارية السعودية في بيع المربحة، ص ٢٥٣.

التفصيل في حكم هذه الصيغة:

وعلى ما سبق فإنه يمكن تفصيل الحكم إلى حالتين:

أولاً: الحالة التي لا يجوز فيها الوعد الملزم:

الأصل عدم جواز استخدام صيغة الوعد الملزم في عقد المرابحة للأمر بالشراء متى كانت السلعة من السلع العادية التي يمكن للمصرف إعادة بيعها بسهولة كالسيارات، وهذا لعدة اعتبارات متعلقة بتصوير واقع هذه الصيغة والتي لها أثر في الحكم عليها، وهي:

١- إن الأصل والعادة أن العميل يستكمل إجراءات الشراء، فقد دلت الإحصائيات على أن الأصل في عمليات المرابحة استكمال العميل للعقد، وشراؤه لما طلبه من المصرف، أي أن العميل لا ينكل ولا يتراجع، لأنه ما أتى طالبا السلعة إلا لحاجته إياها، ولشبهت ذلك بالتجربة فإن عددا لا بأس به من المصارف الإسلاميّة لا تلزم العميل بصيغة الوعد الملزم^(١)، ولا زالت تلك المصارف تحقق أرباحا من عمليات المرابحة للأمر بالشراء، خصوصا وأن المصرف قد درس جدية العميل، ودرس كذلك قيمة السلعة التي طلبها العميل، ورأى أن قيمتها مساوية لمثيلاتها، وإلا فإنه يرفض ابتداء إن شك في القيمة. وعليه فإن التعذر بأهمية الإلزام لأجل النكول والتراجع ليس بمبرر له في الحقيقة.

٢- يستطيع المصرف طلب الخيار من بائع السلعة الأصلي للمدة التي تمكنه من تحديد جدية العميل في إتمام البيع من عدمه، أي كانت هذه المدة ثلاثة أيام فأكثر، فإن ثبت عدم الجدية أعاد المصرف السلعة بهذا الخيار دون أي خسائر، وهذا أيضا يقطع الخوف من

(١) مثلا في المملكة العربية السعودية أربعة مصارف لا تلزم بالوعد من مجموع تسعة مصارف تتعامل بالمرابحة. انظر: عبدالرحمن الحامد، تجربة البنوك التجارية السعودية في بيع المرابحة، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

نكول العميل، لإمكانية اشتراط المصرف الخيار، والمصرف بقوته الشرائية يستطيع الحصول على امتيازات من البائعين للسلع، ومن بينها الخيار.

٣- غالبية السلع التي يطلبها العملاء في عقود المربحة هي من السلع المتداولة بين الناس: كالسيارات أو العقارات، وهي سلع يستطيع المصرف إعادة بيعها لغير هذا العميل. لذا فالخوف من التراجع لا يترتب عليه خسارة للمصرف، لإمكانية بيع السلعة لغير هذا العميل، خصوصا وأن المصرف بعلاقاته بالموردين يستحصل على أسعار خاصة من البائعين، مما يتيح له إعادة بيع السلعة بسهولة.

فبناء على كل ما سبق لا يوجد مبرر وضرورة تقتضي هذا الإلزام، فخروجا من شبهة التحيل على الربا ينبغي ترك صيغة الوعد الملزم في هذه الحالة. أما دعوى وجود المخاطرة المحتملة إذا نُزع الوعد الملزم: فإن تحمل المصرف لنسبة مخاطرة بسيطة مقابل الخروج من شبهة الشرعية أمر من مقتضيات التجارة! فإن هذه المخاطرة المحسوبة والمدروسة متوافقة مع روح الشريعة التي ما نهت عن الربا وأمرت بالتجارة إلا لتحقيق هذا المعنى في البيع ولكنه ينتفي مع وجود الربا. وعلى ما سبق فالراجح أن هذه الصيغة من الحيل الممنوعة.

ثانيا: الحالة التي يسوغ للمصرف التعامل بالوعد الملزم:

الحالة الثانية: عندما يكون عقد المربحة على سلع لا تقصد عادة، وإنما تطلب نادرا، ومن فئة محددة، أو قد تصنع حسب طلب العميل، أي ستصنع للمصرف ثم سيعيد بيعها للعميل، وهذا مثل أجهزة ومعدات المصانع الكبيرة، أو الأجهزة الطبية غالية الثمن. وبناء على العلة التي ذكرها المجيزون للوعد الملزم: وهي استمرار التعامل بهذه الصيغة لدى المصارف، حيث يخشى توقف المصارف عن تقديم خدمات المربحة في هذه السلع لوجود مخاطر نكول العميل، وعليه: نجد أن المصالح المترتبة على استخدام صيغة المربحة

مع وعد ملزم تكفل استمرار تقديم خدمة المرابحة في هذه الحالة، وفي هذا مصلحة شرعية معتبرة. وبعد تحقق وجود مصلحة شرعية نعرض الصيغة التي أثبتنا اشتغالها على حيلة فقهيّة على معايير جواز الحيلة المعتبرة مقاصدياً، للحكم على هذه الحالة.

وتطبيقاً للمعايير الثلاثة للحيلة المعتبرة مقاصدياً على هذه الحالة:

المعيار الأول: نجده متحققاً لعدم مصادمة الحيلة لنص، وعدم إلحاقها الضرر بأحد.

المعيار الثاني: نجده متحققاً لوجود المصلحة المعتبرة في هذه المعاملة، وقد سبق ذكرها،

وهي من المصالح العامة وليست الخاصة.

المعيار الثالث: ويظهر بالنظر في الحيلة أن المصلحة والمقصد الشرعي المتحقق من هذه

المعاملة أعظم من المقصد الفائق، فالمصلحة من تسهيل شراء المصانع والمعدات الطيبة

مصلحة ضرورية وعامة، وتمس وتعم جميع أفراد المجتمع، والمقصد الذي يفوت في المقابل

لا يوازئها في حقيقة الأمر، بل هو أقل.

وعلى ما سبق فإن الوعد الملزم يمكن استخدامه في هذه الحالة وفي كل حالة شبيهة،

مراعاة للمصالح العامة الضرورية لحياة الناس، ويكون في هذا الرأي توفيقاً بين قولي من

رأى جواز الإلزام بالوعد ومن منعه.

الفرع السادس: أهمية المرابحة كبديل للاعتماد المستندي؛

تظهر أهمية المرابحة في كونها بديلاً للاعتماد المستندي، والمراد بالاعتماد المستندي :

تعهد صادر من المصرف بناء على طلب العميل، لحساب طرف ثانٍ مستفيد منه، يلتزم

المصرف بمقتضاه أن يدفع أو يقبل كمبيالات مسحوبة عليه من المستفيد من التعهد وذلك

بشروط معينة^(١).

(١) انظر: عمار أحمد، أثر التحول المصرفي في العقود الربوية، مرجع سابق، ص ٨٦.

وهو أمر هام جدا في التجارة الدولية، لأنه لا سبيل لأن يضمن كلا الطرفين أحدهما الآخر إلا بهذه الوسيلة، خصوصا إذا كان التعامل لأول مرة^(١).

أنواع الاعتماد:

- ١- اعتماد مدفوع القيمة بالكامل من قبل العميل، أي أنه مغطى، فيكون دور المصرف هنا وكيل عن العميل، ويأخذ أجره الوكيل فقط.
- ٢- وهناك اعتماد غير مدفوع القيمة أو غير مغطى من قبل العميل، أي أن العميل لم يسلم المبلغ للمصرف أو سلم المصرف جزءا من القيمة فقط، فالمصرف يلتزم بسداد بقية القيمة نيابة عن العميل، فيكون المصرف جمع بين الوكالة والقرض في هذه الحالة، وهذا هو الأغلب في معاملات التجار مع المصارف^(٢).

كيف تكون المداينة في الاعتماد المستندي:

حيث ذكرنا أن الاعتماد التزام من المصرف نيابة عن عميله للجهة المصدرة، وسنطلق عليه المصرف المحلي، بأن يسدد قيمة البضاعة المرسله حالما يتم شحنها، ويتم التعامل مع مصرف آخر يمثل هذا المصدر للبضاعة، وسنسميه هنا: المصرف الخارجي، فيرسل المصرف الأول للمصرف الثاني اعتماد تسليمه قيمة الشحنة متى سلمها للشاحن المتفق عليه، فيستلم المصرف الثاني أوراق الشحنة ويسلم النقود للعميل المصدر للبضاعة، ويسجل ديننا على المصرف الأول، الذي يسدد القيمة للمصرف الخارجي، وحالما يسدد العميل المشتري للبضاعة قيمة الاعتماد للمصرف المحلي يسلمه أوراق استلام الشحنة، وحيث جرت العادة في (البنوك) الربوية أن يأخذ البنك فائدة مقابل هذا الاعتماد، لاعتبارهم إياه من جنس القروض، وتكون الفائدة مرتبطة بمدة وقيمة هذا الاعتماد كعادة القروض (البنكية)، لذا لا يمكن الإدعاء بأن هذه الفائدة مقابل الخدمة المقدمة.

(١) انظر: د محسن الخضيرى، البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٢٧.

(٢) د. محمد شبير، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٢٤١.

كيف تحل المربحة مكان الاعتماد المستندي:

تحل المربحة مكان الاعتماد المستندي بأن يأتي العميل للمصرف ويشعره برغبته في شراء السلعة المحددة من جهة ما، فإذا درس المصرف السلعة ووجدها مناسبة للمربحة، يقوم المصرف بمراسلة تلك الجهة، ثم يشتري تلك السلعة لحساب نفسه، أي للمصرف، ويقوم بشرائها بواسطة مصرف خارجي يتعامل معه أو من العميل مباشرة، وبعد أن يملكها يقوم بإعادة بيعها للمعميل، أي أنه بدل أن يجعله عقد مدينة بواسطة الاعتماد سيقوم بشراء السلعة وإعادة بيعها للعميل مربحة. وبهذا يلزم المصرف أن يتحمل ضمان السلعة حتى يستلمها العميل في بلده، ويضمن ردها بالعيب الخفي بعد تسلم العميل لها، وهذا الضمان للسلعة هو الذي يجعل تلك المربحة شرعية، لا حيلة على التمويل بفائدة بصورة المربحة^(١).

فجدية المربحة تظهر عندما يحصل أي شيء للسلعة في الطريق، فإن العميل لا يتحمل أي شيء إذا تلفت أو لم تصل، لأنها في حيازة وملك المصرف. أما إن كانت المبيعات تتم فوراً بواسطة توقيع أوراق المربحة دون حيازة من المصرف ولا ضمان للسلعة فإننا بذلك نعود للموضوع السابق المتعلق بوجود الحيل في المربحة للأمر بالشراء، فالمربحة لدى المصرف الإسلامي شبيهة بائتمان تجاري؛ أما المربحة لدى (البنك) الربوي فهي ائتمان مالي فقط^(٢). واقترح بعض الفقهاء المعاصرين أن يستعاض عن المربحة بالمضاربة بأن يدخل المصرف شريكا مع العميل في هذه السلعة، وبلا شك فإنها صيغ أبعد عن شبه التحيل، لكنها لا تلبى احتياج العملاء، لأنه ليست كل السلع سيوافق المصرف على

(١) انظر: د. علي السالوس، موسوعة القضايا المعاصرة، مرجع سابق، ص ٤٣٠.

(٢) انظر: د. عبدالعظيم أبو زيد، بيع المربحة، مرجع سابق، ص ٢٥.

الدخول فيها شريكا مضاربا لاعتبارات عديدة^(١).

الضلع السابع: أثر الإجراءات الخاطئة أثناء عقد المراجعة في دخولها في دائرة الحيل الممنوعة:

إن من الملاحظات المتكررة لدى المصارف الإسلامية وجود الفرق بين المبادئ والتطبيق، أو ما بين جواز المعاملة نظريا وجوازها عند الممارسة والتنفيذ لها، فقد تكون المعاملة جائزة لكن تعتري إجراءات تنفيذها أخطاء تحيلها من معاملة جائزة إلى ممنوعة، وهذه الأخطاء تتسبب في تحول المراجعة إلى حيلة تشتمل على عقود صورية لتحليل الربا أو البيوع الممنوعة، وقد أورد الباحثون العديد من التصرفات الخاطئة في بيع المراجعة، ومن أهمها:

أولا: أخطاء إجرائية ينتج عنها بيع السلعة قبل تملك المصرف لها:
وتشمل:

- ١- التوقيع على عقد البيع قبل تملك المصرف للسلعة، ويظهر هذا في عدة صور منها:
أن التوقيع على جميع العقود دفعة واحدة، ومثلها أن يكون عقد الشراء والوعد الملزم في ورقة واحدة، وبهذا يكون البيع تم قبل تملك المصرف للسلعة.
- ٢- يوقع العميل على كمبيالات أو شيكات السداد للمصرف قبل أن يملك المصرف السلعة، وهذا الالتزام بالكمبيالات أو الشيكات يعتبر التزاما بدين تجاه المصرف، علما أن هذا الالتزام تابع لعقد بيع السلعة، والمصرف لم يملكها بعد حتى يبيعها للعميل، فهي ممنوعة أيضا^(٢).

(١) انظر: عمار أحمد، أثر التحول المصرفي في العقود الربوية، مرجع سابق، ص ٥٧١ و ٥٧٥؛ د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية،

١٩٩٨ م، ص ٢٤١.

(٢) انظر: أحمد سالم ملحم، بيع المراجعة، مرجع سابق، ص ٢٤١ و ٢٤٥.

ثانياً: أخطاء تتعلق بقبض السلعة من طرف المصرف:

١- من الأخطاء أن لا يقبض المصرف السلعة وإنما يكتفي بفاتورة المالك الأصلي أو التسعيرة، ويقوم بإرسال الشيك بالقيمة، ويبيعها مباشرة للعميل، معتبرا حصوله على الفاتورة تملكاً للسلعة وحيازة لها.

٢- أن يقوم المصرف بتوكيل العميل بالاستلام عن المصرف^(١).

وفي هاتين الحالتين يكون البيع فيه شبهة التحيل على الربا بواسطة سلعة محللة في المتصف.

ثالثاً: أخطاء من قبل العميل:

١- أن يشتري العميل السلعة أولاً، بل قد يدفع المشتري عربوناً لملك السلعة الأصلي، فصار المشتري هنا العميل وليس المصرف على الحقيقة، ثم يقوم بعمل عقد المربحة مع المصرف ويأخذ العميل الشيك للبائع^(٢).

وهذه الأخطاء تتعلق بجميع المعاملات التي فيها شراء وإعادة بيع من قبل المصرف، ويشمل ذلك صيغة التورق المصرفي التي ستأتي، فكل ما يخرز به هنا فهناك كذلك.

الفرع الثامن: ضوابط لتصحيح المربحة المصرفية:

وفي تطبيق المصارف لبيع المربحة ينبغي الاعتناء بماهية العقد وليس فقط بصورته، ونقصد أن يهتم بشروط صحة عقود البيع التي تتم في عقد المربحة فيراعى ما يأتي^(٣):

١- أن يتملك المصرف السلعة أولاً، بالشراء مباشرة من البائع الأول.

(١) أحمد سالم ملحم، بيع المربحة، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

(٢) انظر: د. عطية فياض، التطبيقات المصرفية لبيع المربحة، مرجع سابق، ص ١٨١؛ د. علي السالوس،

موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٤٣٣.

(٣) انظر: د. سعود محمد الربيع، صيغ التمويل بالمربحة، مرجع سابق، ص ٧٥.

فمن المحذورات توكيل المصرف للعميل في أن يستلم السلعة وكالة عنه، أو يعطيه النقود لیسلمها للبائع الأول للسلعة.

٢- لا يقوم العميل بدفع أي مبلغ مقدما للمصرف.

٣- الحيازة الصحيحة للسلعة من قبل المصرف قبل إعادة بيعها للعميل.

٤- تسليم العميل السلعة.

فإننا بهذه الاجراءات نكون قد خرجنا من التحيل وشبهته، وتكون مربحة صحيحة، ويصدق عليه أنه مخرج شرعي لحصول العميل على السلعة بواسطة المصرف^(١).

الضرع التاسع: المخارج الشرعية التي تغني المصارف عن الوعد الملزم:

بعدما تم توضيحه من حكم الحيلة في صيغة المربحة المصرفية، فإننا نبين وجود مخارج

شرعية يمكن للمصرف سلوكها فتكفيه عن الدخول في شبهة الوعد الملزم، ومنها:

أولاً: تحوط المصرف بخيار البيع المشروط لمدة معينة:

يمكن للمصرف أن يحتاط في عموم معاملات المربحة بأن يشتري بخيار الفسخ لمدة ثلاثة أيام، وهي كافية لإعادة بيع السلعة للأمر بالشراء، وعند نكول المشتري - الأمر بالشراء - يقدر المصرف على إعادة السلعة لبائعها الأول بدون أي خسائر^(٢)، وتعمل بعض المصارف الإسلامية في عمليات المربحة بصيغة الخيار هذه^(٣). وقد سبق ذكرنا لهذا المخرج الشرعي وقد أوردته من الأقدمين الإمام محمد بن الحسن^(٤).

(١) انظر: د. الصديق محمد الأمين الضير، حكم التورق كما تجر به المصارف في الوقت الحاضر، أعمال و بحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، د. ط، د. ت، ج ٢ / ص ٤١٧.

(٢) انظر: د سعود الربيع، صيغ التمويل بالمربحة، مرجع سابق، ص ١٦٠.

(٣) مثل مصرف قطر الإسلامي، انظر: المرجع نفسه، ص ٢٣.

(٤) انظر: محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، مصدر سابق، ص ٣٧.

وبلا شك فإنه لا يمكن تطبيق هذا المخرج في جميع الحالات، مثلا عند طلب العميل الأمر للشراء سلعة تُصنع بالطلب، فيتم تصنيع السلعة للمصرف خاصة ثم يعيد بيعها للعميل، وفي هذه الحالة يصعب اشتراط الخيار من المصرف على المورد الأصلي، لكن في العموم يصلح هذا المخرج الشرعي في معظم السلع خروجاً من الخلاف في موضوع الوعد الملزم.

ثانياً: أن يكون للمصرف أنشطة متاجرة تابعة مملوكة له:

وهذا بأن ينشئ فروعا للمتاجرة بالسلع الأكثر طلباً من قبل العملاء، ويعيد بيعها مرابحة لهم، وبهذا لا حاجة للوعد الملزم في كثير من العقود والمعاملات، وهناك من المصارف الإسلاميّة من يقوم بذلك، وقد لاقت استحساناً من المتعاملين الراغبين في المعاملات المباحة، حيث توفر تلك الفروع السيارات التي تشير الإحصائيات إلى كونها تمثل النسبة الأعلى في طلبات المرابحة، تليها مواد البناء الهامة فالمواد المنزلية الأساسية وهكذا.

وعليه: يمكن أن يكون مقر المتاجرة هذا متعلقاً باحتياج المنطقة كما لو كانت منطقة زراعية فيكون فيها مقر تعرض فيه السلع التي يحتاجها المزارعون في العادة، ويكون بيع مرابحة بالأجل، فلا حاجة للوعد الملزم ابتداءً، لأن المصرف وفر احتياجات العملاء الفعلية، إذ إن الهدف الحقيقي للعميل من المرابحة في عصرنا هو التسهيلات التي يأخذها من المصرف في السداد بالأقساط المؤجلة لا غير.

ويظهر أن المشكلة تكمن في تأثر فكر الاستثمار في المصارف الإسلاميّة بفكر المصرف الربوي، لذا فإن الرغبة في تحقيق الأرباح دون الدخول في مخاطر أو حتى أي جهد ناتج عن الاستثمار في التجارة جعل بعض المصارف تحصر وتحتزل دورها في صيغ التمويل التي تشبه التجارة، مع كون حقيقتها متلبسة بالتمويل المالي، وهذا يحتاج إلى مراجعة حقيقية لأولويات القائمين على هذه المصارف، ثم إعادة توجيهها في المسار الصحيح.

المطلب الثاني

الحيل في التمويل بصيغة التورق المنظم

وفيه فروع:

الفرع الأول: المراد به، والفرق بينه وبين العقود المشابهة:

لقد سبق تعريف التورق البسيط، وبيان حكمه، ونحن بصدد بيان التورق الذي تجر به المصارف في وقتنا المعاصر، وقد اصطلح على تسميته بالتورق المنظم، وقد يطلق عليه أيضا التورق المصرفي، وهي الصيغة التي تتم في المصارف للتمويل بالتورق.

أولاً: المراد بالتورق المنظم أو المصرفي:

سبق بيان المراد بالتورق، وهنا أضيف له وصف المنظم، أو المصرفي.

وسبب وصفه بالمنظم: كون الإجراءات المتبعة تقتضي حصول النقد للعميل في نهاية العملية ولا ريب، إذ تتم بخطوات متتالية منظمة يقوم بها المصرف بالنيابة أو الوكالة عن العميل للحصول على النقد له^(١).

وعرف أيضا بأنه: «قيام المصرف بعمل نمطي يتم فيه ترتيب بيع سلعة - ليست من الذهب أو الفضة - من أسواق السلع العالمية أو غيرها، على المستورق بثمن آجل، على أن يلتزم المصرف - إما بشرط في العقد أو بحكم العرف والعادة - بأن ينوب عنه في بيعها على مشتر آخر بثمن حاضر، وتسليم ثمنها للمستورق»^(٢).

فالتورق المنظم الذي تقوم به المصارف الإسلامية يتولى فيها المصرف القيام بتوفير سلعة بناء على طلب العميل، أو قد يقترحها المصرف على العميل، ثم يتولى بيعها كوكيل عن العميل، ثم يحول قيمتها لحساب العميل، كل هذا يتم بواسطة توقيع أوراق طلب

(١) انظر: السويلم، التورق، مرجع سابق، ج ٢/ ص ٦٠٢.

(٢) انظر: القرار الثاني في الدورة السابعة عشرة لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي. انظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد ٢٠، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ص ٤١٤.

الشراء بالمرابحة، وأوراق توكيل للمصرف بالبيع. ويظهر في صورة التورق المنظم أن العميل لا يجوز شيئاً ولا يرى السلعة، بل في الغالب لا يدري ما هي على وجه الدقة، فإن كانت من المعادن لا يدري أي المعادن هي^(١). أما تسميته بالتورق المصرفي فتميزا له عن التورق العادي، ولأن المصارف هي التي تقوم بتنفيذ هذه الصيغة.

ثانياً: الفرق بين صيغة التورق المنظم والعقود المشابهة :

١- الفرق بين صيغة التورق المنظم والتورق العادي:

والفرق أن في التورق العادي يأخذ العميل السلعة، ويعيد هو بيعها طلباً للنقد، أما هنا فالمصرف يقوم بكل شيء، وإنما يتسلم العميل المال في النهاية.

٢- الفرق بين التورق المنظم والعينة:

تقع صورة العينة لو اشترى المصرف هذه السلعة من العميل بثمان أقل، وهذا لا يحدث في العادة، لأن المصرف يبيع السلعة لطرف ثالث، فليست عملية التورق من العينة المشهورة لكنها ممنوعة للحيلة المحرمة على أخذ الزيادة الربوية ببيع صوري، وإن كان بعض الفقهاء عدها من صور العينة للصورية في عمليات البيع والشراء^(٢).

٣- الفرق بين التورق المنظم والمرابحة للأمر بالشراء:

الفرق أن المرابحة تقف عند تسلم السلعة للعميل، والعميل هو الذي حدد السلعة ابتداءً فالمصرف يشتري السلعة بناءً على طلب العميل، ثم يعيد بيعها للعميل، أما في موضوع التورق المنظم: فالسلعة لا تهم العميل، إذ هو يبحث عن السيولة النقدية، فالمصرف قد يحدد له السلعة، والمصرف يقوم بالبيع كوكيل عنه، والعميل يستلم النقد ولا يستلم سلعة، والفرق كبير بين المعاملتين.

(١) انظر : د. محمد تقي العثماني، أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية، أعمال وبحوث الدورة السابعة

عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، د. ط. د. ت. ج ٢ / ص ٣٨٨.

(٢) انظر : د. علي السالوس، موسوعة القضايا المعاصرة، مرجع سابق، ص ٥٩٢.

الضلع الثاني: مكانة التورق المصرفي بين صيغ التمويل:**أولاً: ميزة التورق المنظم وأهميته:**

ميزة صيغة التورق المنظم توفير السيولة مباشرة للعميل ولكن بطريقة شرعية، بحيث نافست المصارف الإسلامية البنوك الربوية في هذه الخدمة، حيث تتميز البنوك الربوية بتوفير القروض النقدية للعملاء. ووجد القائمون على المصارف الإسلامية أن في هذه الصيغة توفير السيولة للعميل بواسطة المصرف مع أقل مخاطر على المصرف بالإضافة للسرعة في الإنجاز.

وتنبع أهميته من كونه كما عبر بعض المهتمين بأمور المصارف الإسلامية حطم كل العوائق أمام المصارف الإسلامية في توفير النقد لعملائها، وهذا لا يشك في كونه كان عائقاً كبيراً أمام المصارف الإسلامية، وأن هذا العائق لم يمكن تجاوزه في صيغ التمويل الأخرى، فإنها لا ترقى لسهولة ومرونة التورق المصرفي^(١).

ثانياً: مكانة معاملات التورق المصرفي لدى المصارف الإسلامية:

لا شك أن التورق المصرفي قد حل كثيراً من مشكلات توفير السيولة للعملاء بسرعة وبدون إجراءات مطولة، لذا منذ بدء استخدام هذه الصيغة في التمويل الإسلامي مع مطلع القرن الواحد والعشرين الميلادي^(٢)، وهو يحتل الأهمية والمكانة الأولى لدى المصارف، والتي كانت لمدة كبيرة محفوظة لصيغة المرابحة للأمر بالشراء، وهذا لأنه يزود العميل بالسيولة التي - كما ذكرنا - هي الهدف الأول للعميل.

(١) انظر: الشيخ عبدالله بن منيع، حكم التورق كما تجر به المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر، مرجع

سابق، ص ٣٥٣.

(٢) انظر: د عبدالله السعيد، التورق كما تجر به المصارف في الوقت الحاضر، ج ٢ / ص ٥٠٢ و ٥٢٤.

ثالثاً: نسبة التورق من إجمالي عمليات التمويل لدى المصارف:

سبق ذكر أن التورق المصرفي ورث واستحوذ على حصص الصيغ الأخرى التي كانت مسيطرة على عمليات التمويل، وقد بينت بعض الإحصائيات أن نسبته بلغت ستين بالمائة (٦٠٪) من مجمل أعمال التمويل لدى المصارف الإسلاميّة، وهي نسبة كبيرة ولا شك^(١).

الفرع الثالث: إجراءات التورق المصرفي والسلع الوسيطة فيه:

أولاً: إجراءات التورق المصرفي:

سبق ذكر الكيفية التي تتم بها عملية التمويل بواسطة التورق في المصارف الإسلاميّة بالجمع بين العقود المختلفة التي يقوم بها المصرف، إما بالأصالة وإما بالوكالة عن العميل. وإجراءاتها كما يأتي:

١- يتم الاتفاق أولاً على قبول المصرف تمويل العميل لشراء سلعة ما، وفي الحقيقة، فإنه يتم التفاهم مبدئياً على قبول المصرف للتمويل النقدي وليس السلعة، بل إن الملاحظ أن إعلانات المصارف عن هذه المعاملة تتحدث عن التمويل النقدي ولا تتحدث عن بيع سلع فالتسويق لهذه الصيغة يتحدث مباشرة عن الحصول على النقد^(٢).

٢- يتم التفاهم على نوع السلعة، وغالباً ما يقترحها المصرف، وقد تكون السلعة من بورصات المعادن العالمية أو ما شابه ذلك، ويظهر هنا صعوبة أن يشتري العميل ويبيع من تلقاء نفسه.

٣- يتم التفاهم على كيفية السداد. وهنا تنتهي المرحلة الأولى التي يمكن أن تسمى تورقاً إن صحت العقود والإجراءات.

(١) انظر: د عبدالله السعيد، التورق كما تجرّه المصارف في الوقت الحاضر، ج ٢/ ص ٥٢٢.

(٢) انظر: د الصديق محمد الأمين الضير، حكم التورق كما تجرّه المصارف في الوقت الحاضر، مرجع

سابق، ج ٢/ ص ٤١٧.

- ٤- يوكل العميل المصرف في أن يبيع السلعة له لجهة أخرى، وغالبا تتم عملية الشراء والبيع بدون تدخل العميل، لما ذكرنا من كونها سلعا تتداول في بورصات عالمية.
- ٥- يحصل المصرف قيمة البيع ويحول القيمة لحساب العميل.
- ٦- تنتهي المعاملة بأنه ترتب في ذمة العميل دين للمصرف مقسط بأقساط شهرية أو ربع سنوية.

ونجد أن عملية التورق البسيط انتهت بالفقرة الثالثة، وبدأت عملية التورق المصرفي من الفقرة الرابعة^(١).

ومن المصارف من يختصر المعاملة في الخطوات التالية:

- ١- طلب شراء لسلعة بطلب العميل، حسب نموذج معد.
- ٢- عقد بيع بالتقسيط من المصرف للعميل، و يوقع من العميل والمصرف، ويشتمل على الشروط والأقساط.
- ٣- عقد توكيل من العميل للمصرف بالبيع نيابة عنه للسلعة وبهذا يتحصل العميل على النقد^(٢).

خلاصة ما سبق:

يتضح مما سبق وجود الصورية في المعاملة، وأن كل ما يتم هو عقود شكلية لا معنى لها ولا قيمة، وأنه يقصد بها التحيل على الربا؛ لأن العقد محسوم من بدايته بدين في ذمة العميل، مما حدا ببعض الفقهاء المعاصرين للقول: إن الحريرة التي كانت تدم لتوسطها عمليات التحيل على الربا لدى القدماء تم الاستغناء عنها في عمليات البيع

(١) انظر: د.علي السالوس، العينة والتورق والتورق المصرفي، مرجع سابق، ج ٢/ص ٤٧٣.

(٢) انظر: د.عبدالله السعيد، التورق كما تجرته المصارف في الوقت الحاضر، مرجع سابق، ج ٢/ص ٥٠٤.

وإعادة البيع بصيغة التورق المنظم ؛ فلم تبق حتى الحرية التي كانت أداة التحيل على العينة سابقاً!^(١).

ثانياً: السلعة الوسيطة في التورق المنظم:

ونقصد بالسلعة الوسيطة أي: السلعة التي يتم التورق من خلال شرائها نيابة عن العميل وإعادة بيعها مرة أخرى لصالحه، وأنواع السلع كما يأتي:

١- تورق بالسلع الدولية، والمراد بها أن يكون التورق بشراء وإعادة بيع سلعة موجودة في بلاد أخرى ومتوفرة بواسطة البورصات المتخصصة، كبورصة المعادن الدولية، أو بورصة الحبوب، وهذه السلع هي التي دخلت فيها البيوع الصورية لأقصى درجة على صيغة التورق المصرفي، حيث لا تتم في العادة هذه البيوع إلا على الورق أو في الحواسيب الآلية، أما في الحقيقة فلا يتم شيء من ذلك، لذا كانت قرارات المجامع الفقهيّة تؤكد على التحذير من التعامل بالسلع الدولية لما ثبت من التحايل بها في إنشاء البيوع الصورية^(٢).

٢- التورق بالسلع المحلية، بشراء من السوق المحلي لأي سلعة كالحديد أو السيارات، وتفتقر المحلية عن الدولية في سهولة حيازتها والتأكد من وجودها، والصورية فيها أقل من السلع الدولية.

٣- التورق بالسيارات: وما شابهها، وهي داخلة في السلع المحلية.

٤- التورق بالأسهم: أي شراء أسهم الشركات المختلفة، وإعادة بيعها على العميل، الذي يقوم بدوره ببيع تلك الأسهم في سوق الأسهم (البورصة)، والحصول على قيمتها. وسيأتي بيان حكم التورق بالأسهم وتفضيلها على غيرها^(٣).

(١) انظر: د. علي السالوس، العينة والتورق والتورق المصرفي، مرجع سابق، ج ٢/ ص ٤٨٨.

(٢) د. علي السالوس، العينة والتورق والتورق المصرفي، مرجع سابق، ج ٢/ ص ٤٨٦.

(٣) د. محمد العلي القرني، التورق كما تجرّه المصارف، مرجع سابق، ج ٢/ ص ٦٤٨.

الضرع الرابع: حقيقة وجود الحيل المحرمة في التورق المنظم وحكمها: أولاً: أقوال الفقهاء في التورق المصرفي

إن الخلاف في التورق المصرفي قريب من خلاف الفقهاء في بيع المربحة مع الوعد الملزم. يميز فريق من الفقهاء المعاصرين التورق المنظم، وذلك باعتباره مخرجا شرعيا للتخلص من الربا، ويرون أنه يحقق فوائد اقتصادية، وفيه تيسير على المسلمين بمخرج شرعي^(١)، والفقهاء المانعون لصيغة التورق المنظم يرون أنها حيلة محرمة للتحويل على الربا. فهل التورق مخرج شرعي أم حيلة ممنوعة على الربا؟ هذا ما سنتناوله بالبحث بعد إثبات وجود الحيلة في الصيغة.

ثانياً: حقيقة وجود الحيلة في التورق المنظم

بينت سابقاً قرائن معرفة وجود التحيل، ولو بحثنا عن تلك القرائن في صيغة التورق المصرفي، نجد ما يأتي:

١- قرينة ضم عدة عقود لتركيب هذه الصيغة مع وجود بيع الأجل في الصيغة. فقد تم جمع عقد بيع المربحة الأول إلى عقد الشراء للسلعة من قبل المصرف، ومعه عقد وكالة من العميل للمصرف بالشراء والبيع نيابة عنه، والبيع يكون بالأجل من قبل المصرف للعميل، فتكون هذه الصيغة فيها قرائن إرادة التحيل.

٢- وجود الصورية في المعاملة، وهي القرينة الثانية والأهم في إثبات التحيل، والصورية فاقعة في هذه الصيغة، ومن دلائلها:

(أ) إن المصرف وكيل في الشراء عن العميل، ووكيل في إعادة البيع، ثم يسلم النقد للعميل، ويسدد العميل له المبلغ مع الفائدة، علماً بأن هذا الوكيل - أي المصرف - هو من باع السلعة إلى هذا العميل بعدما تملكها من الشراء الأول.

(١) المرجع نفسه، ص ٢ / ص ٦٤٢.

(ب) ومن الدلائل على الصورية: عدم اهتمام المتعاقدين بالسلعة الوسيطة في العقد، فالعميل طالب التورق لا يدري ما هي السلعة التي اشتراها، ولا يُعنى بوزنها ولا نوعها، ولا حيازتها ولا قبضها، فكلما قلت عناية العميل بالسلعة دل هذا على صورية البيع هنا، وكلما زاد حرصه دل على وجود تورق صحيح^(١).

(ج) ومن الدلائل أيضا: أن الحديث في التورق المنظم ليس عن السلع بل عن النقد، فلا يوجد ذكر للسلع، فإن قصد تملك السلعة غير موجود لدى العميل، وهذا الأمر قد لا يكون مشكلة بمفرده، فلا مانع من أن يشتري ليعيد بيع السلعة، لكن المحذور يكمن في صورية التملك، وهذا واضح من أمرين:

الأمر الأول: أن المصرف هو الذي يقوم بجميع عمليات البيع وإعادة البيع، مع كون المصرف طرفا في هذا التمويل.

الأمر الثاني: أن العميل لا يدري عن السلعة شيئا؛ فلم يقبض السلعة ولم يقدّمها، ولا يدري بواقع هذه البيوع، أو أنها تمت أو لم تتم في واقع الأمر، فأى بيع هذا؟! وما يؤكد ماسبق أن العقود في الغالب تذكر لفظ تملك العميل للسلعة ولا تذكر قبضه لها، لأن من المتعارف عليه أنه لا يوجد قبض للسلعة في التورق المنظم^(٢).

(د) ومن دلائل الصورية: تحقق قاعدة اعتبار ما دخل في اليد وما خرج منها الدالة على القصد من المعاملة، ويظهر هنا أن المراد المال، فطرفا المعاملة مال فقط! فالعميل يدخل للمصرف ولا شيء عنده، ثم يخرج وقد استلم مئة ألف درهم مثلا، وعليه دين مئة

(١) انظر: د. عبدالله السعيد، التورق كما تجرّه المصارف في الوقت الحاضر، مرجع سابق، ج ٢/ص ٥٣٦.

(٢) انظر: د. الصديق الضير، حكم التورق كما تجرّه المصارف في الوقت الحاضر، مرجع سابق، ج ٢/ص ٤٠٤.

وعشرون ألف درهم، وهذه قرينة على إرادة التحيل بواسطة هذه الصيغة، ويبقى أن تحديد حكم هذه الحيلة.

لذا نص قرار المجمع الفقهي على وجود الصورية في هذه المعاملة، وأن معظم ما يتم فيها من مبيعات هو صوري في معظم حالاته^(١).

ثالثاً: حكم حيلة التورق المصرفي :

حكم هذه الحيلة:

كما بينت سابقاً في المراجعة المصرفية ؛ فإنه لتحديد حكم التورق المصرفي لا بد من تحديد نوع وساطة المصرف في المعاملة ؟ والذي يظهر جلياً أن المصرف في التورق المصرفي وسيط مالي، وهذا لكونه ضمن استكمال البيع ؛ لأنه وكيل بالقبض والبيع، وانتفى عنه احتمال الخسارة أيضاً، لأنه كوكيل عن العميل ضمن إعادة البيع سلفاً.

فهل نستطيع أن نقول إن المصرف هنا وسيط تجاري ؟ إن صيغ البيع موجودة في المعاملة صورياً، أما في الحقيقة فلا يوجد أي بيع شرعي بين المصرف والعميل، لأن الصيغة قائمة ومركبة بحيث تسير خطواتها بشكل لا يسمح بالخطأ الذي يترتب عليه أي مخاطرة تلحق بالمصرف، حيث لا ضمان للسلعة ولا خسارة في احتمال عدم البيع، فأين هذا من البيع ؟! فهذه الصيغة في التمويل صورة قريبة جداً للعينة المحرمة ولا شك، لكن بدل الوسيط الذي كان رجلاً ما، صار الوسيط هنا مصارف أو بورصات للمعادن^(٢).

أما المعاملات التي تتوسطها: فإن السلعة لغو، لأن المصرف يشتريها من طرف ثم يبيعها للعميل، ثم يعيد بيعها لطرف رابع نيابة عن العميل، فالسلعة لا تستقر وليست

(١) القرار الثاني في الدورة السابعة عشرة لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي.

انظر : مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد ٢٠، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ص ٤١٤.

(٢) انظر: د. سامي السويلم، التورق والتورق المنظم، مرجع سابق، ج ٢/ ص ٦١١.

مطلوبة، فالهدف التخلص منها أثناء المعاملات التي تتم بين طرفي هذه المعاملة والمحصلة المطلوبة ترتب الدين على العميل^(١)، وما سبق يكفي في الحكم على وجود الحيل الممنوعة في التورق المنظم.

الرأي الراجح في حكم هذه الصيغة:

بناء على ما سبق ؛ فإن التورق المصرفي حيلة محرمة على الربا. وكونها حيلة محرمة لأمرين ؛ الأمر الأول: أن مآل المعاملة هو القرض بفائدة ولا شك، إذ لا يتصور أن المصرف سيخسر شيئاً من عملية البيع والشراء تلك، وحقيقة تصرفه أنه وسيط مالي. والأمر الثاني: صورية العقود التي تتم، فالسلعة لغو ولا قيمة لها في حقيقة الأمر.

ثالثاً: مناقشة من يحتج بالتيسير والتسهيل لتصحيح معاملة التورق

المنظم:

يحتج البعض لتجوز هذه الحيلة بحجة التيسير على المسلمين في المعاملات، ورفع الحرج عنهم ؛ وإن هذه الحجة أكثر من يعول عليها من يقول بشرعية التورق المنظم، وهي حجة مرتبطة بما سبق ذكره من محاولة استناد بعض الفقهاء في تجوز الحيل بفقهاء قاعدة التيسير ورفع الحرج، مع عدم تحقيقهم لصحة الاستدلال بها في تلك الحيل، وقد ناقشنا هذه الدعوى سابقاً عند حديثنا عن علاقة الحيل برفع الحرج، وهنا تأكيد لما سبق فإننا نوضح أن وجود المشقة المعتادة في الحياة وإعادة البيع أمر لا يستوجب التحيل عليها، فإن القول بأن هدف الإجراءات السهلة في عملية التورق ؛ بدءاً من توكيل المصرف باستلام السلعة وإعادة بيعها بالنيابة عن العميل ؛ هو التسهيل ورفع المشقة على العميل الطالب للتورق ؛ لكون ذلك قد يرهقه أو يخرسه فيه وهكذا، وأن هذا التسهيل وتلك المرونة من أسباب إقبال العملاء على التورق المصرفي، وهذا أمر واقعي وحقيقي بلا شك؛

(١) انظر: المرجع نفسه، ج ٢/ ص ٦٠٩.

لكنه لا يبرر الحيل الممنوعة قطعاً، إذ لا يستطيع من يحتج بما سبق أن ينكر أن العملاء أقبلوا على هذه الصيغة أيضاً لترادف السهولة مع فتوى بجواز المعاملة، وإلا لو كان القصد السهولة فقط لتوجهوا مباشرة إلى القروض الربوية. وكذلك فإن التورق الذي أقره الفقهاء يكون بشراء العميل سلعة ثم يعيد بيعها، وهو مشتمل قطعاً على المشتقات المعهودة التي لا تنفك منها المعاملات، أما طلب الحيل بدعوى التخلص من تحمل المشقة المعهودة في البيع والشراء، فهذا من المشاق التي لا يترخص فيها، ولا يجوز من باب أولى أن يتحیل لأجلها، بل العميل - طالب التورق - مسؤول عن حسن اختيار السلعة التي يقدر على حيازتها وإعادة بيعها.

ونختم بان نذكر أن هدف المشتري الطالب للتورق الشرعي هو الخروج من دائرة الحرام والشبهات، فإذا شرعنا له إجراءات صورية توهمه بصحة المعاملة شرعاً فإننا لم نساعد حقيقته، بل نحن غششناه في حقيقة الأمر.

الفرع الخامس: معضدات في ترجيح تحريم الحيلة في التورق المصرفي؛

حيث رجحت أن التورق المصرفي حيلة محرمة؛ أنقل معضدات لما تم اختياره في حكم المسألة من أقوال فقهاء السلف فيها، وكذلك قرار المجمع الفقهي الدولي.

أولاً: ما نقل عن السلف في التورق المنظم:

يعزز ما تم اختياره من منع التورق المصرفي وكونه حيلة ممنوعة، ما ورد عن بعض السلف من نهيمهم عن مثل هذه المبيعات، وهذه النصوص عنهم فيها وصف لعمليات تورق مشابهة لما تجرّبه المصارف الآن، ففي هذه النقول يظهر نهيمهم عن معاملات تورق يقوم المالك الأول للسلعة بإعادة بيعها بالنيابة عن المشتري أي: طالب التورق، وليست هذه من العينة المشهورة، بل هي التورق المنظم الذي يمارس الآن، إذ المشتري طرف رابع بغير تواطؤ مسبق^(١). ومن هذه النقول:

(١) انظر: د. سامي السويلم، منتجات التورق المصرفية، مرجع سابق، ص ٣٢.

١ - عن داود بن أبي عاصم الثقفي أن أخته قالت له: (إني أريد أن تشتري متاعا عينة، فأطلبه لي. قال: فقلت: فإن عندي طعاما، فبعتها طعاما بذهب إلى أجل، واستوفته. فقالت: انظر لي من يبتاعه مني. قلت: أنا أبيعك لك. قال: فبعتها لها. فوقع في نفسي من ذلك شيء. فسألت سعيد بن المسيب^(١) (٩٤هـ) رحمه الله فقال: انظر ألا تكون أنت صاحبه؟ قال: قلت: فأنا صاحبه. قال: فذلك الربا محضاً، فخذ رأس مالك، واردد إليها الفضل)^(٢).

٢ - سأل رجل الحسن - أي البصري - قال: إني أبيع الحرير، فتبتاع مني المرأة والأعرابي، يقولون: بعه لنا فأنت أعلم بالسوق. فقال الحسن: «لا تبعه ولا تشتريه ولا ترشده، إلا أن ترشده إلى السوق»^(٣).

وهذه النقول صريحة في منع التورق بهذه الصورة، وقد جاءت بصيغة الوكالة عن المشتري للسلعة، وهي نفس الصيغة المستخدمة في المصارف حالياً.

ثانياً: قرار مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في صيغة التورق المصرفي:

وأنقل هنا قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، ونصه:

«عدم جواز التورق الذي سبق توصيفه في التمهيد للأمر الآتية:

١ - إن التزام البائع في عقد التورق بالوكالة في بيع السلعة لمشتري آخر أو ترتيب من يشترطها يجعلها شبيهة بالعينة الممنوعة شرعاً، سواء أكان الالتزام مشروطاً صراحة أم بحكم العرف والعادة المتبعة.

(١) ابن المسيب؛ سعيد بن المسيب بن حزن المخزومي، ولد لستين مضتاً من خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، من علماء التابعين، أكثر روايته للحديث عن أبي هريرة، وتفقه على كبار الصحابة رضي الله عنهم أجمعين، توفي سنة ٩٤ هـ. انظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، مصدر سابق، ص ٣٩.

(٢) الإمام عبد الرزاق الصنعاني، مصنف عبد الرزاق، مصدر سابق، ج ٨/ ص ٢٩٤.

(٣) المصدر نفسه، ج ٨/ ص ٢٩٥.

٢- إن هذه المعاملة تؤدي في كثير من الحالات إلى الإخلال بشروط القبض الشرعي اللازم لصحة المعاملة.

٣- إن واقع هذه المعاملة يقوم على منح تمويل نقدي بزيادة لما سمي بالمستورق فيها من المصرف في معاملات البيع والشراء التي تجري منه والتي هي صورية في معظم أحوالها، هدف المصرف من إجرائها أن تعود عليه بزيادة على ما قدم من تمويل.

وهذه المعاملة غير التورق الحقيقي المعروف عند الفقهاء، وقد سبق للمجمع في دورته الخامسة عشرة أن قال بجوازه بمعاملات حقيقية وشروط محددة بينها قراره، وذلك لما بينهما من فروق عديدة فصلت القول فيها البحوث المقدمة، فالتورق الحقيقي يقوم على شراء حقيقي لسلمة بثمان آجل تدخل في ملك المشتري ويقبضها قبضاً حقيقياً وتقع في ضمانه، ثم يقوم ببيعها هو بثمان حال حاجته إليه، قد يتمكن من الحصول عليه وقد لا يتمكن، والفرق بين الثمنين الآجل والحال لا يدخل في ملك المصرف الذي طرأ على المعاملة لغرض تبرير الحصول على زيادة لما قدم من تمويل لهذا الشخص بمعاملات صورية في معظم أحوالها، وهذا لا يتوافر في المعاملة الميئة التي تجرئها بعض المصارف^(١).

الفرع السادس: مقترحات لتصحيح التورق المصرفي:

لا يناع أحد في الحاجة للتمويل النقدي، وأن المصرفية الإسلامية كسبت العديد من العملاء بصيغة التورق المصرفي، وحرصاً على مصلحة إيجاد صيغ تمويل شرعية تلبى احتياجات المسلمين، أقترح أموراً قد تساهم في تصحيح مسار معاملات التورق في المصارف الإسلامية، وقبل ذكر مقترحات تصحيح التورق المصرفي أنه إلى أن هناك فرق بين تصحيح صيغة التورق وكون الصيغة ضعيفة في تحقيقها للمقاصد الشرعية في المال، فهذا شيء وذاك شيء آخر.

(١) القرار الثاني في الدورة السابعة عشرة لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي. انظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد ٢٠، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة. ص ٤١٤.

أولاً: لا بد من فهم المشكلات الجوهرية في عقد التورق المصرفي:

قبل ذكر مقترحات لتصحيح التورق المصرفي، لا بد من ذكر المشكلات الجوهرية التي

تتعلق بتركيبة هذه الصيغة، وأهمها:

١- إن أحد المشكلات الواضحة في التورق المصرفي أنه عقد مركب من عدة أمور، مبنية على أقوال مختارة من كلام الفقهاء في كل مسألة حتى تستقيم المعاملة شرعاً، ومن بينها الأقوال الضعيفة والمرجوحة، وهو ما يشعر ابتداءً بضعف بنية وتركيب الصيغة من الجانب الفقهي.

٢- لا بد من مراعاة وملاحظة أن قيام المصرف بكل المعاملات وكالة عن العميل لا يستقيم معها تورق صحيح، خصوصاً قيام المصرف بالشراء وإعادة البيع نيابة عن العميل، وتكون بذلك الصيغة أقرب إلى الصورية.

ثانياً: ضوابط لتصحيح عقد التورق:

يحتاج التورق المصرفي إلى مراعاة صحة العقود التي يتكون منها، والاعتناء بماهية العقد وليس فقط صورته، حتى أن بعض الباحثين يرى تغيير مساهم من التورق المصرفي إلى "التمويل المصرفي المنظم"، لأن ما يجري الآن لا علاقة له في الحقيقة بالتورق الفقهي!^(١) ومما يقترح لتصحيح هذه الصيغة والخروج بها من شبهة الحيلة الممنوعة ما يأتي:

١- أن يملك المصرف السلعة ويقبضها أولاً، أي التأكد من كون السلعة مملوكة للمصرف قبل بيعها للعميل.

٢- الحيازة الصحيحة للسلعة من قبل العميل - المشتري - بعد الشراء من المصرف، وقبل إعادة بيعها من قبله.

(١) انظر: د. عبدالله السعيد، التورق كما تجرّه المصارف في الوقت الحاضر، مرجع سابق،

٣- لا بد من أن يقوم المشتري بالبيع بنفسه، أو عن طريق طرف آخر لا علاقة له بالمصرف، وهذا للخروج من شبهة التحيل على العينة، أي لا بد أن يخرج المصرف من مهمة إعادة بيع السلعة نيابة عن العميل المتورق. فمن أهم المحذورات توكيل العميل للمصرف في إنهاء العقود نيابة عنه .

٤- يضاف لما سبق أن لا يكون المشتري الثاني واجهة أخرى للبائع الأول - أي المصرف - أو وسيطاً له للخروج من شبهة التواطؤ على التحيل.

فإننا بهذه الإجراءات نكون قد خرجنا من التحيل وشبهته، ويكون تورقاً جائزاً، ويصدق عليه أنه مخرج شرعي للحصول على تمويل نقدي مثل عقد المرابحة الجائزة. إن من أهم ما أخرج المعاملة من كونها تورقاً إلى شبهة القرض بفائدة، الحديث عن الحصول على النقد والسيولة دائماً، والتغافل عن السلعة، حتى لا يكاد يوجد ذكر للسلعة. وبتطبيق ما سبق نعود للحديث عن السلعة لأنه بقبض العميل لها سيحرص على صحة الشراء، لأنه سيعيد بيعها على مسؤوليته، وبهذا تعود معاملة بيع صحيح وتورق شرعي مشابهة لعقد المرابحة المصرفي الجائز بضوابطه التي مرت معنا سابقاً^(١).

ثالثاً: عوامل هامة في تحويل التورق إلى مخرج شرعي:

إن معرفة أن غاية العميل من طلب شراء السلعة هو الحصول على السيولة النقدية يعين على إيجاد مخرج شرعي بديلة عن الحيل الممنوعة، فبلا شك أن العميل طالب التورق يطلب المال من شراء هذه السلعة، فحاجته التمويل المالي لأمر آخر من وراء شراء هذه السلعة، لذا كان لا بد من أن يراعى أنه إنما اشتراها ليعيد بيعها، ويهمه في ذلك

(١) انظر : د الصديق الضير، حكم التورق كما تجر به المصارف في الوقت الحاضر، مرجع سابق، ج٢/ص ٤١٧.

سهولة الحيازة للسلعة وسهولة إعادة البيع، وان لا يخسر في ثمنها لتغيره، وان لا تكون السلعة معرضة للتلف السريع .

ولو حصرنا أهم الأسباب التي أدت إلى ظهور الملاحظات الشرعية في عملية التورق المنظم لكانت عدم اختيار السلعة المناسبة للتورق، فالمشكلة في عدم توفير السلعة الأنسب للعميل، إما لكونها صعبة الحيازة والنقل، أو لأن إعادة بيعها يحتاج إلى خبرة وفهم في السوق، مما يضطر العميل للبحث عن وسطاء، وهذا في العادة يفتح باب الحيل، أو اللجوء للمصرف كوكيل في هذه العقود، وهنا يلجأ المصرف إلى السلع التي تتداول في البورصات العالمية، لأن التعامل معها أسهل على المصرف.

حسن اختيار السلعة للتورق:

إن أحد أهم الحلول لتصحيح صيغة التورق يكمن في اختيار السلعة المناسبة للعميل لإجراء عملية التورق، فعندما تكون السلعة سهلة الحيازة، وسهلة البيع من قبل المشتري، ومأمون جانبها من حيث التلف، ولا يوجد تكاليف إضافية في النقل والتخزين؛ فإننا نخرج من تبعات توكيل المصرف في الحيازة والبيع، ونخرج من الثغرات الفقهيّة في القبض للسلعة وحيازتها. ومن الحلول المقترحة في السلع التي تصلح للتورق: التورق بشراء الأسهم من أسواق الأسهم أو البورصات، فالتورق الذي تقوم به بعض المصارف حالياً ويدور على بيع أسهم للعميل في سوق الأسهم حسب اختياره من أسهم الشركات المدرجة في البورصة يعد من أفضل صور التورق، وعليه اقتصر بعض المصارف في عملية التورق على بيع الأسهم فقط خروجاً من الشبهات التي تعترض التعامل ببقية السلع، والأسهم يمكن حيازتها من قبل العميل بأن تنقل إلى محفظته المصرفية الخاصة بالأسهم، ثم يتصرف هو فيها بالبيع أو الابقاء بكل سهولة، وهو بذلك خرج من الحاجة

للمصرف في التوكيل بالبيع، أو عدم الحيابة الشرعية للسلعة المشتراة، ويمكن أن يقاس على الأسهم أي سلعة تتوفر فيها هاتان الميزتان^(١).

رابعاً: الإجراءات الخاطئة في التنفيذ تزيد من حجم الحيل الممنوعة في

التورق المصرفي:

كما سبق بيانه في صيغة المربحة فإن أحد مشاكل صحة المعاملات التي تجرّها المصارف الإسلامية: صحة الإجراءات و فهم الموظفين الذين يقومون عليها للجوانب الشرعية المتعلقة بها، ومن الملاحظات في تنفيذ صيغة التورق: أن لا يجري البيع من المصرف للعميل حتى يتحقق الشراء الأول من مالك السلعة للمصرف، ويقاس عليها جميع العقود في الصيغة، وقد ذكرناها سابقاً في صيغة المربحة.

ويبدو أن هذا ليس خطأً فردياً من الموظف، بل هو إجراء فيه تساهل بالجوانب الشرعية من بعض المصارف الإسلامية، لأن هناك نموذجاً واحداً يشمل العقدين ويوقع عليها العميل في نفس الوقت. وعلاج ذلك بأمرين:

الأمر الأول: المراجعة والمراقبة الدائمة لموضوع الإجراءات ومطابقتها للصيغة الشرعية التي اعتمدها المعاملة من قبل الهيئات الشرعية.

والأمر الثاني: تثقيف وتدريب العاملين في المصارف الإسلامية على الإجراءات الشرعية اللازمة لصحة المعاملات، وعلى الوعي بأهداف ومقاصد هذه المصارف الإسلامية.

(١) انظر: القري، التورق، مرجع سابق، ج ٢/ ص ٦٤٨.

المطلب الثالث

الحيل في التمويل بصيغة الإجارة المنتهية بالتملك

وفيه فروع:

الفرع الأول: المراد بهذه الصيغة وأهميتها

أولاً: المراد بها:

الأجرة في اللغة: الكراء^(١). والإجارة لدى الفقهاء: عقد على المنافع بعوض، أو تملك لمنافع شيء بعوض^(٢).

والمراد بعقد الإيجار المنتهي بالتملك، أو مع وعد بالتملك: «أن يقوم المصرف بتأجير عين، مثل سيارة أو بيت إلى شخص مدة معينة بأجرة معلومة قد تزيد عن أجرة المثل، على أن يملكه إياها بعد انتهاء المدة ودفع جميع أقساط الأجرة بعقد جديد»^(٣).
ويطلق عليها أيضاً الإجارة مع الوعد بالتملك، والشراء الاستتجاري و البيع التأجيري^(٤).

وهذه الصيغة مشهورة ومتداولة في المصارف الإسلاميّة، وتعد من الصيغ الرئيسيّة في التمويل، فهي تشبه بيع التقسيط، والحقيقة أن المتعاقدين يخفيان البيع ويظهران الإجارة، وتختلف عن بيع التقسيط في كونها مركبة من عقدين؛ عقد إجارة وعقد بيع^(٥).

(١) الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص ٥.

(٢) انظر: د. عبدالوهاب إبراهيم أبوسليمان، عقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، المملكة العربية السعودية، ط الثانية، ٢٠٠٠ م، ص ٢١.

(٣) د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٨١.

(٤) انظر: د. محمد مصطفى أبوه الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، السعودية، الطبعة الثانية، ٢٠٠١ م، ج ١/ ص ٤٣٩.

(٥) انظر: د. محمد شبير، المعاملات المالية، مرجع سابق، ص ٢٨١.

ثانياً: أهمية هذه الصيغة بالنسبة للمصارف:

وسبب اعتماد المصارف لهذه الصيغة في التمويل؛ أن المصارف لما رغبت في البيع بالأجل خشيت ضياع حقوقها بعدم وفاء المشتري بالسداد، أو أن يفلس فيكون مديناً غارماً لآخرين، فتكون هذه السلعة المشتراة من المصرف بالآجل داخلية تحت ملكية سائر الغرماء في تصفية حقوق الغارمين، لذا تم اللجوء لهذه الحيلة للتحوط لحفظ الحقوق لأهميتها قامت بعض المصارف الإسلامية بإنشاء شركات خاصة تقدم خدمة الإيجار المنتهي بالتملك، مثل بنك ماليزيا الإسلامي^(١).

الضلع الثاني: إجراءات هذه الصيغة في التمويل وصيغها المختلفة:

أولاً: إجراءات هذه الصيغة:

بعد اختيار العميل للسلعة، وموافقة المصرف على تمويله بها، أي بعد دراسة إمكانية وفائه بالأقساط المرتبة عليه تجاه المصرف، يقوم المصرف والعميل بهذه الإجراءات:

١- تبدأ إجراءات هذا العقد بتوقيع عقد إيجار بين المصرف والعميل للسلعة التي اختارها العميل، كسيارة مثلاً.

٢- يعطي المصرف وعداً بتمليك السلعة للعميل عند سداده لآخر قسط.

٣- يقوم المصرف بعمل عقد تأمين على السلعة، مع طرف ثالث، ويسدده العميل غالباً.

٤- يقر العميل في العقد بأنه يتحمل جميع أنواع الصيانة والإصلاح للسلعة طيلة فترة استخدامه لها، وكأنه مالك لا مستأجر^(٢).

(١) انظر: خالد عبدالله الحافي، الإجارة المنتهية بالتملك في ضوء الفقه الإسلامي، د.ن، د. م، الطبعة

الثانية، ٢٠٠١ م، ص ٦٤.

(٢) انظر: محمود ارشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ٦٦.

ثانياً: صيغ هذه المعاملة:

تنفذ هذه المعاملة لدى البنوك بعدة صيغ، تدور على كيفية انتقال الملكية للمشتري بعد سداده للقيمة المقسطة المتفق عليها، وأهم هذه الصيغ ما يأتي:

١- الإجارة المنتهية بالتملك عن طريق الهبة.

٢- الإجارة المنتهية بالتملك عن طريق البيع بثمن رمزي أو غير رمزي يحدد في العقد.

٣- الإجارة المنتهية بالتملك عن طريق البيع قبل انتهاء مدة عقد الإجارة بثمن يعادل باقي أقساط الأجرة^(١).

الفرع الثالث: حقيقة وجود الحيلة في هذه الصيغة:

تتهم هذه الصيغة بأنها حيلة من جانب المصرف، وذلك لأنه يتحيل بها حتى يحتفظ بملكيتها للسلعة لآخر قسط، ثم يملكها للمشتري بعد أن يكون استوفى جميع القيمة، زيادة في التحوط من قبل المصرف لحقه، فعليه كانت الحيلة بأن يعقد المصرف مع العميل على هذه السلعة عقد إجارة، ويسدد المشتري الأقساط المنجمة، ثم عند نهاية الأقساط يملك المصرف العين للمشتري بعقد بيع، سواء أكان هذا البيع بثمن معين، أم قيمة السلعة في يوم التملك، أم بهبة مجانية من المصرف للمشتري كما سبق، فما مدى وجود الحيلة هنا، وما حكمها؟

أولاً: التحقق من وجود الحيلة:

بعرض الحيلة على القرائن الدالة على التحيل:

١- نجد تحقق قرينة الجمع بين عقدين في صيغة واحدة، وفيها عقد بيع بأجل.

(١) انظر: د. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٤٠٥.

٢- تحقق القرينة الثانية: وهي الصورية في العقد مع تغيير المسمى؛ فإن العقد يسمى عقد إيجار، وحقيقته عقد بيع، لذا فإن هذا العقد يسمى أيضا: عقد إيجار ساتر للبيع، لأن حقيقة المعاملة بيع لكن سترت بعقد الإيجار^(١).

ومن أهم علامات أنه عقد بيع في الحقيقة: أن الأقساط التي يدفعها العميل للمصرف تعتبر جزءا من القيمة وليست أقساط إيجار، ويدل على ذلك أن القسط المدفوع أكثر من قيمة قسط الإيجار لمثل هذه السلعة. ودافع الحيلة أنه لو سُمي عقد بيع لكان المشتري متملكاً للسلعة من أول يوم، ولو سُمي إيجارا لما ترتب عليه أن يضمن المشتري السلعة، ولا أن يسدد أكثر من قيمة إيجار المثل؛ فعليه لا يخفى وجود الحيلة في هذا العقد، وهي ليست حيلة على الربا ولكنها حيلة على أحكام شرعية تمنع مثل هذا العقد، ويبقى ذكر حكم هذه الحيلة.

الضرب الرابع: أقوال الفقهاء المعاصرين في هذه الصيغة وعلاقتها بالحيلة:

لقد اختلف الفقهاء المعاصرون في هذه المعاملة ما بين اعتبارها مخرجا جائزا أو عدها حيلة محرمة؟ وتفصيل قولهم فيها ما يأتي:

أولا: المجيزون لهذه المعاملة:

اعتبروها من المخارج الشرعية أو الحيل الجائزة لما يأتي:

١- هدف هذه الحيلة التحوط في حفظ حقوق المصرف عند إفلاس العميل أو عجزه عن سداد الأقساط، خاصة وقد كثرت قضايا تعثر العملاء عن السداد، ويكون قد باع السلعة فلا يستطيع المصرف أن يطالبه بإرجاعها، وحفظ المال من الضروريات. وعلى ما سبق فإن الجمع بين عقدين لأجل الاحتياط للحقوق جائز، إذ لا يوجد مانع شرعا من

(١) انظر: الشيخ عبدالله بن المحفوظ بن بيه، توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٨ م، ص ٢٠.

الجمع بين عقدين^(١). خصوصا وأنه لا يوجد بينهما عقد قرض حتى نقول إنه ذريعة أو حيلة للممنوع^(٢).

٢- لا يراد بهذه الحيلة التوسل إلى محرم كالربا، فالقصد وراء الإجارة المنتهية بالتمليك هو البيع، وهو مشروع كالإجارة، فالعقدان مشروعان.

٣- تحقق هذه الصيغة أيضا مصلحة محافظة العميل على السلعة التي بين يديه، لكونه سيمتلئها بعد حين، وهذا فيه مصلحة تعود على الفرد وعلى الأمة^(٣).

ثانيا: المانعون لهذه المعاملة:

وسبب المنع عندهم كونها حيلة محرمة، تتم بالتلفيق بين عقدي الإيجار والبيع للتوصل إلى عقد مركب يؤول إلى محرم شرعي. وعلة المنع لديهم: أن هذه الصيغة مشتملة على عدة محظورات شرعية كالغبن والغرر والمجازفة، وتخالف المقاصد الشرعية التي لأجلها شرعت أحكام المعاملات، وإن ما تسمى به هذه الصيغة يخالف حقيقتها، حتى لو ترتب عليها حفظ مال المصرف فإنها مصلحة يمكن الحفاظ عليها بوسائل أخرى كالتثبت من العميل وملاءته المالية، وأي مصلحة فيها لا ترقى للمصالح المفوتة ولا للمفاسد الحاصلة، فحقيقة منع هذه الحيلة عندهم أنها تخالف المقاصد الشرعية.

مناقشة استدلال الفريقين:

يظهر اتفاق الفريقين على وجود الحيلة، واختلافهم في حكمها، ويدور الاستدلال لدى كلا الفريقين على ادعاء موافقة قصد الشارع في هذا العقد وتحقيق المصلحة، فهل

(١) انظر: د. عبدالله الشرقاوي، أثر الواقع في تطور العقود المالية في الفقه الإسلامي، المكتبة العصرية،

صيدا، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩ م، ص ٢٨٩.

(٢) انظر: خالد الحافي، الإجارة المنتهية بالتمليك، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٣) انظر: د محمد شير، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٢٨٤؛ د. وهبة الزحيلي،

المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٣٩٧.

هذه الصيغة تتوافق مع المقاصد الشرعية فتكون مخرجا شرعيا، أم أنها من الحيل التي تناقض المقاصد الشرعية فتكون حيلة محرمة؟ هذا ما سنتناوله في حكم هذه الحيلة.

الفرع الخامس: حكم هذه الحيلة:

سبق ذكر معايير الحكم على الحيلة، وحيث إن هذا الخلاف في هذه الحيلة باعتبار مقصدها، أو ما يترتب عليها من مصالح ومفاسد، ولعدم وجود النص الذي يمنع هذا العقد، ولوجود مصلحة يدعيها القائلون بجواز هذه الصيغة، فإننا سندرس هذه الحيلة بمقياس المعيار الثالث؛ بعرضها على المقاصد الشرعية في المال، ونرى ما تحقق أو تفوته من مقاصد، ثم نحكم عليها:

(١) علاقتها بمقصد الوضوح في الملكية:

يظهر للمتأمل الاضطراب والتردد في المعاملة ما بين البيع والإجارة، وظاهر أيضا أن التملك فيها غير محرر لجهة، وقد بينا أن مقاصد الشريعة الوضوح في الملكية وثباتها، وهذه المعاملة تنافي ذلك تماما، إذ يعتري التملك للطرفين منازعة منذ بدء سداد الأقساط إلى نهايته، فنجد أن العقد متردد بين البيع والإيجار، بل لا يُدرى أبيع هو أم إيجار؟! فإن أكمل العميل الأقساط ترتب عليه آثار عقد الملكية، وإلا فهو عقد إجارة، وإن أُلزِمنا المصرف بالتمليك عند نهاية الأقساط فإنه يكون عقد بيع منذ البداية، فلم لا يستطيع المشتري التصرف في ملكه بالبيع أو الهبة منذ أول العقد؟ وهذا كاف في إثبات عدم وضوح الملكية.

(٢) مقصد العدل:

وهذا العقد مناف لمقصد العدل في المال، لأنه قائم على شروط يفرضها الطرف القوي في المعاملة على الطرف الأضعف، وهو هنا العميل؛ لحاجته للسلعة، فيرضى بمثل هذا العقد الذي احتوى على مخاطرة ومجازفة في جهته، وسبق أن ذكرنا أن من معاني مقصد

العدل أن لا تؤكل أموال الناس بالباطل. وقولنا إن العقد يحتوي على مجازفة لأن العميل قد يسدد معظم القيمة ثم لا يملكه المصرف السلعة لعجزه عن الباقي، فيكون مغبونا أشد الغبن في ذلك، فهو عقد ينافي مقصد العدل. ومن الصور الواقعة في المسألة: «أن المشتري قد يُعسر في آخر قسط، وقد دفع أقساطا لا تناسب الإجارة لأنها تتجاوز قيمة المنافع وهي في الأصل قيمة للرقبة، فقد خسر الثمن والمثمن اللذين ربحهما البائع، ويكون بذلك البائع قد حصل على العوض والمعوض»^(١). وهذا الأمر مخالف للقواعد المقررة في الفقه؛ أنه لا يمكن أن يحصل طرف في العقد على الثمن والمثمن، وهو هنا السلعة وقيمتها التي دفعها المشتري.

٣) أما ادعاء مصلحة التحوط لحفظ المال:

فإن المصرف يدرس وضع طالب المعاملة وقدرته على السداد قبل الموافقة على العقد، بل وقد يشترط كفيلا غارما، لكن المصرف في حقيقة الأمر يريد بهذه المعاملة الخروج من المخاطرة المتعلقة بالمال أو أي شيء يصيب السلعة، وهذا يمكن بغير هذه الحيلة الملققة، فهي وإن كانت مصلحة إلا أن المفاسد المتحققة أكبر منها، فإنه لا يخلو عقد من وجود مصلحة، لكن النظر هو لما يتحقق وما يفوت بسبب التصرف.

الرأي الراجح في صيغة الإجارة المنتهية بالتمليك

الرأي الراجح لهذه الصيغة بالكيفية والصيغة التي ذكرتها؛ المنع، لأنه موافق للمقاصد الشرعية في المال، وذلك لأن هذه الصيغة تتناقض ومقصدي العدل والوضوح.

(١) الشيخ عبدالله بن بيه، توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال، مرجع

سابق، ص ٢٧.

المطلب الرابع

الحيل لدى المصارف لأخذ الفائدة الممنوعة من العميل

أتناول في هذا المطلب كيف يتم استدعاء فقه الحيل تلبية لرغبة المصرف في أخذ فوائد ربوية من العميل بمسميات ومسوغات مختلفة. ويظهر ذلك في حالتين: عند ماطلة المدين في السداد، وعند تعثره في السداد، ونفصل فيما يأتي في الحالتين.

الفرع الأول: التحيل بأخذ الفائدة عند ماطلة المدين في السداد:

أولاً: المراد بها

والمراد بها ما تفرضه المصارف الإسلامية على المدين الماطل من غرامات مالية بسبب تأخره في السداد، وتسمى غرامات تأخير.

ثانياً: تحرير أقوال الفقهاء المعاصرين في مسألة أخذ العقوبات المالية عند

التأخر في السداد

يمكن اختصار آراء الفقهاء المعاصرين بما يأتي:

١- اتفقوا أن هذه الغرامات هي في حق المدين الميء الماطل، وليست للمدين المعسر، فالواجب تجاه المعسر أن يعطى فرصة ليسدد ديونه، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(١).

٢- اتفقوا على جواز معظم الغرامات غير المالية، مثل التشهير به، وكذلك التعاون مع بقية المصارف في منعه من الحصول على قرض من المصارف الأخرى، أو الرفع به للقضاء لأجل حبسه.

٣- إلزام المدين بحلول جميع الأقساط متى تخلف عن سداد أكثر من قسط، فتكون كلها حالة في ذمته^(٢).

فبقي لدينا مسألة حكم فرض غرامات مالية على المدين المتأخر في السداد ماطلة؟

(١) سورة البقرة، الآية [٢٨٠].

(٢) انظر: د. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، سوريا، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، ص ٣٤.

ثالثاً: أقوال الفقهاء المعاصرين في مسألة فرض غرامات مالية على

المماطل:

أقوال الفقهاء في فرض الغرامات المالية على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: الجواز، والثاني: المنع.

والرأي الثالث: رأي متوسط يميز الغرامات على أن لا يكون للمصرف فيها نصيب،

بل تدفع للجهات الخيرية، وسأفصّل فيما يأتي الآراء الثلاثة مع الأدلة .

الرأي الأول: جواز أن يأخذ المصرف الغرامة المالية:

١- استدل المجيزون بعموم أدلة رفع الضرر، وعقاب المسيء، ومن ذلك قوله

ﷺ: (لي الواجد محل عرضه وعقوبته)^(١). وأن العقوبة منها العقوبات المالية التي

تعوض صاحب المال عن تأخير ماله، وفوات مصلحة تقليبه في التجارة.

٢- وكذلك استدلوا بتحقيق مصلحة استقرار المعاملات، بالتمسك بالمدى بالسداد، إذ

يخشى عدم التزامه متى أمن العقوبة.

٣- واستدلوا بأن الضرر يعود على المصرف في تأخير السداد، وأن المصرف يدفع

مصاريف ليحصل هذا الدين، فأولى أن يأخذ مقابل ذلك الجهد^(٢).

ولضبط هذه المعاملة والخروج بها من دائرة الشبهة: يرى فريق من القائلين بجواز هذه

العقوبة أنه لا يصح اشتراطها في العقد، لأنه باشتراطها يكون العقد ربوياً، بل هي حق

للمصرف في حال ماطل الميء^(٣).

(١) رواه أبو داود في سننه، مصدر سابق، ج ٣/ ص ٣١٣، كتاب الأفضية، باب في الحبس في الدين

وغيره، ح: ٣٦٢٨.

(٢) انظر: د. عطية فياض، التطبيقات المصرفية لبيع المرابحة، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٣) انظر: الشيخ عبدالله بن منيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان،

الطبعة الأولى، ١٩٩٦م، ص ٤٢٢.

وينبغي أن نذكر أن المصارف الإسلامية التي تأخذ بهذه العقوبة قليلة مقارنة بغيرها، فإن أكثر المصارف لا تأخذ بها^(١).

الرأي الثاني: المنع مطلقاً من الغرامات المالية:

استدل المانعون بأنه حيلة محرمة لأخذ فائدة ربوية على القرض، بسبب زمن التأجيل، وأعظم ما يظهر ذلك من تقدير مبلغ العقوبة المالية بناء على المدة الزمنية التي تأخر فيها عن موعد السداد، واعتبار الزمان في تأجيل الديون من ربا النسب الصريح، وأن مآل هذه الحيلة فشو الربا، سواء اشترطت هذه الغرامة في العقد أم لا، بل إن عدم اشتراطها في العقد يدل على قصد المصرف التحيل على حرمتها!

وقد ناقش المانعون رأي القائلين بالجواز؛ بأن المصلحة المدعاة من جنس المصالح الملغية في حقيقة الأمر لأن حقيقتها فائدة ربوية وقد ألغى الشارع لها بنصوص منع الربا الصريحة، فإن حفظ أموال المصرف وحقه في تنمية أمواله لا يكون بأخذه للفوائد الربوية^(٢).

الرأي الثالث: جواز أخذ الغرامات لكن تصرف في وجوه الخير ولا يأخذها المصرف:

وهذا الرأي متوسط بين الرأيين السابقين، فيرون أهمية وضع عقوبة على الميء الماطل، وإن العقوبات المالية تحفز على الالتزام، لكن لا يجيزون للمصرف أخذ شيء منها لشبهة الربا، فيكون هذا حلاً لموضوع الماطلة بردع الماطل، مع عدم الدخول في الربا لأن المصرف لا يأخذ من الغرامة شيئاً^(٣).

(١) المرجع نفسه، ص ١٧٠.

(٢) انظر: الشيخ عبدالله بن بيه، توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات المال، مرجع

سابق، ص ١٣٥.

(٣) ممن ذهب لذلك: د وهبة الزحيلي، في كتابه المعاملات المعاصرة، مرجع سابق، ص ٣٤٠.

رابعاً: من يحدد قيمة الغرامة وكيفية تحديدها؟

وقد اختلفت نظرة المصارف الإسلاميّة في تقديرها، هل يعود إلى حجم الضرر والإنفاق الذي بذله المصرف في تحصيل نقوده من العميل؟ أم يعود تقديرها إلى المدة التي تأخر فيها عن السداد، فتحسب بناء على معدل الفائدة السنوية للقرض؟ والغالب أن العقوبة تقدر بضرب المدة في معدل الفائدة العام أو معدل الفائدة لقرض هذا العميل نفسه فتحصل على مقدار العقوبة، أو بربح المصرف في فترة ملاحظة العميل عن السداد، لأنه حرم المصرف من تقلب هذا المال في استثماراته المختلفة^(١). وتكون المصارف الإسلاميّة هنا مشابهة (للبنوك) الربوية التي تفرض فوائد على أي تأخير في السداد متعلقة بالزمن، ومثل هذه الأمور توضح حجم التأثير بالمصارف الربوية لدى بعض العاملين في المصارف الإسلاميّة^(٢).

خامساً: حقيقة وجود الحيلة في العقوبة الماليّة:

من الواضح أن هذه العقوبة حيلة لأخذ الفائدة، ولا يعارض أحد من القائلين بها في كونها حيلة لكنها مبررة عند المجيزين بتحقيق مصلحة تعويض المصرف عن خسارته الماليّة، بالإضافة لردع المماطل، ومبررة عند من قال تدفع للجهات الخيرية بردع المماطل فقط أي بمصلحة حفظ المال.

ولو عرضناها على قرائن معرفة الحيل لتحققت بها ولا شك، لأنها من معاملات بيوع الأجل وأحد طرفي العقد مدين للطرف الآخر، ولو نظرنا إلى ما دخل في اليد وما خرج منها، يتضح بهذه القرينة أن حاصل التصرف يستفيد منه أحد الأطراف، ويدفع الآخر،

(١) انظر: الشيخ عبدالله بن منيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤٢٣.

(٢) انظر: د. عطية فياض، التطبيقات المصرفية لبيع المربحة، مرجع سابق، ص ١٧٥؛ د رفيق المصري، بحوث في المصارف الإسلاميّة، مرجع سابق، ص ٣٨٠.

الذي هو المدين. أما تغيير المسمى فلا قيمة له، فلا شك أنه أيا كانت تسمية ما يفرض من مبالغ على المتأخر في السداد فإنه لا يغير حقيقتها، وتبقى حقيقتها حيلة لتغيير حكم هذه الفائدة المأخوذة من المدين، وقد بينا سابقاً أن أول ركن في الحيل تغيير مسمى المعاملة.

سادساً: حكم هذه الحيلة:

سنقسم حكم الحيلة حسب مآلها، والمآل مرتبط بمن سيأخذ هذه العقوبة المالية:

(١) الحيلة بأخذ المال من العميل المماطل وإعطائه للمصرف:

الحيلة في هذه الحالة محرمة، ومتى عرضناها على معايير الحيلة السابقة سنجد أن كل معايير اعتبار الحيلة وجوازها لا تنطبق عليها! فهي حيلة محرمة ابتداءً، فحقيقة هذه العقوبة أنها فائدة على هذا القرض، وأن المصرف مستفيد من هذه الزيادة، ومآل المعاملة إلى حصول الفائدة الربوية للمصرف ولا شك^(١).

خصوصاً وأن من المصارف من يسميها: تعويض الربحية، ومنهم من تجاوز فسهاها:

"تعويض ربحية الربحية". وهي ذات الفوائد المركبة لدى البنوك الربوية^(٢).

(٢) الحيلة بأخذ المال من العميل وإعطائه للجهات الخيرية:

إن ما يؤخذ من المدين الميء المماطل كعقوبة ويعطى للمحتاجين يعد حيلة، لكن من حيث حكمها الشرعي فإن القول باعتبارها وقبولها له وجه، بخلاف الحالة السابقة، وهذا لأن الحيلة هنا لا تؤول إلى الربا، فالدائن وهو المصرف لا يستفيد شيء من هذه العقوبة، فالهدف منها الردع واستقرار المعاملات لا الفائدة الربوية على القرض.

(١) انظر: الشيخ عبدالله بن بيه، توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات المال، مرجع

سابق، ص ١٣٣.

(٢) انظر: د علي السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان،

الطبعة الأولى، ٢٠٠٣ م، ج ٢/ ص ٧٤٨.

ولو طبقنا معايير التحيل لوجدنا:

المعيار الأول: الضابط الأول فيه متحقق إذ لا معارضة مع النصوص، أما الضابط الثاني وهو: أن لا تلحق الحيلة الضرر بأحد، فإنه محل نظر؛ إذ إن المدين سيدفع مالا إضافيا، ولا يشك أحد أنه ضرر يلحق به.

المعيار الثاني: تحقق مصلحة معتبرة؛ فلا شك في ترتب مصلحة استقرار المعاملات بالتزام العملاء بالسداد، لكن يمكن تحقيق هذه المصلحة بإجراءات أخرى، وقد سبق ذكرها.

المعيار الثالث: وهو ما يفوت من المصالح وما يتحقق بهذه الحيلة، فيظهر أن هذه من الحيل التي يتساوى فيها المصالح المفوتة بالمصالح المحققة، فبالنظر للمصالح التي تتحقق مقابل ما يفوت نجد أننا لا يمكن أن نجزم بأن ما يتحقق أعظم، حتى نقول بجواز هذه الحيلة، لكون مجرد التجرؤ على هذه الغرامات المالية ذريعة للربا، وأيضا ضرر بالمدين. ويضاف لما سبق ذكره: أن هناك روادع تضمن استقرار المعاملات أفضل من ترتيب العقوبات المالية، مثل التشهير الذي يتم حاليا، ويلحقه توقف جميع المصارف عن تمويله مرة أخرى، فهذا خير من شبهة الدخول في الحيل المحرمة.

سادسا: الرأي الراجح في المسألة:

يظهر لي مما سبق ما يأتي:

- ١- إن أخذ المصرف للعقوبة المالية حيلة محرمة، مهما سوّغ له.
- ٢- أما أخذ العقوبة ودفعها للجهات الخيرية فإنه يبرئ ذمة المصارف من شبهة الربا ويساعد في تحقيق مصلحة استقرار المعاملات بواسطة هذه العقوبة، ومما يعزز ذلك أن عدم وجود الرادع جعل عدد العملاء المماطلين يبلغ حدا من الكثرة يصعب معه الاستمرار في تقديم الخدمات، لطمع البعض في الاستفادة من النقود لعدم وجود الرادع

حتى لو كان مقتدرا على السداد^(١)، فهذا يمنع من الحكم على الحيلة بالمنع، وتبقى في دائرة النظر المقاصدي للمجتهد، كل حسب ما يراه من مصلحة ويتوافق مع واقع المصرف وطبيعة الناس المتعاملين معه.

لكن ينبغي التنبيه لمحدورين:

- ١- أن يكون التأخير من العميل في السداد بسبب المماطلة، وليس بسبب العجز أو الإعسار، لئلا تقع المصارف في محذور آخر متعلق بمخالفة مبدأ الإنظار للمعسر.
 - ٢- أن تتأكد الجهات الرقابية أن المصارف الإسلامية تحول جميع هذه العقوبات المالية إلى الجهات الخيرية، وأن لا تستبقي منها شيئاً بداعي المصاريف أو أي أمر آخر، مما يرجع بنا لشبهة التحيل على الربا.
- فالقول به محتمل للاعتبار لوجود المصلحة لكن يشوبه الكثير من المحاذير، وعليه فإن ترك العقوبات أفضل وأسلم.

الفرع الثاني: التحيل بتمويل المصرف للمدين بقرض جديد ليسد الدين القديم:

أولاً: المراد بها:

المقصود بهذه الحيلة: أنه متى تعثر العميل في السداد، فتأخر في سداد بعض الأقساط، وتراكمت عليه مبالغ مالية للمصرف، يقوم المصرف بعرض تمويل جديد، بالمرابحة أو التورق، بحيث يسد هذه المعاملة الجديدة الدين القديم الذي للمصرف عليه خروجاً من المشكلة، حتى لا يرفع المصرف شكوى على العميل.

ثانياً: تسمى هذه المعاملة لدى الفقهاء: قلب الدين^(٢):

إن قلب الدين صيغة قديمة في التعامل المالي، يراد بها أخذ الفائدة الربوية بصورة البيع، وقد أوردها شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله، فذكر أنه سُئل: «عن رجل أراد

(١) انظر: د على السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٣٩٣.

(٢) انظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج ٢٩/ ص ٤٣٧.

الاستدانة من رجل فقال: أعطيك كل مئة بكسب كذا، و تبايعا بينهما شيئا من عروض التجارة. فلما استحق الدين طلبه بالدين فعجز عنه. فقال: اقلب علي الدين بكسب كذا و كذا في المئة. و تبايعا بينهما عقارا. و في آخر كل سنة يفعل معه مثل ذلك و في جميع المبيعات غرضهم الحلال^(١). وما أقبحها من حيلة على الشرع وما أنكرها من مخادعة لله تعالى وللناس؛ إذ إنه بهذا البيع الصوري رتب عليه قرضا جديدا بفائدة!

ثالثا: صورة معاملة قلب الدين المعاصرة:

وصورة المعاملة المعاصرة: أن العميل يكون قد سدد نصف المبلغ وبقي عليه النصف، أو يكون جزء من الأقساط قد تراكم عليه وتأخر في أدائها لأي سبب، فيطالبه المصرف بسداد ما تأخر عنه من أقساط، ويعرض له كحل لمشكلة تأخره أن يرتب له المصرف تمويلا بالتورق أو غيره يسد به الدين كله أو الأقساط المتأخرة، وأنه في حالة رفضه لهذا الحل يتعرض للشكوى إلى الجهات الرسمية، وقد يتعرض للسجن بذلك، لأنه يكون حل عليه الدين كله لتأخره عن السداد، فيقبل العميل بأن يرتب له المصرف قرضا بأحد الصيغ السابقة، فلو كان بقي عليه خمسون ألف درهم يقوم بعملية تورق جديدة يسدد بها الخمسين ألف درهم، ويترتب في ذمته ستون أو سبعون ألفا مقسطة للمصرف نفسه، وقد يعرضها بصيغة دمج قسطي التمويل القديم والجديد في قسط واحد، مع حسم المصرف للأقساط المتأخرة لسداد الأقساط المتأخرة ودفعه بقية مبلغ التمويل للعميل. ولا مانع من تكرار هذا الأمر مرات ومرات ما دام العميل في وضع يسمح له بالاستدانة، ولنا أن نتخيل مآل هذه المعاملة في نهاية المطاف؟!^(٢).

(١) انظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج ٢٩ / ص ٤٣٧.

(٢) انظر: د. علي السالوس، موسوعة القضايا المعاصرة، مرجع سابق، ص ٤٨٧.

ولنا أن نساءل: ما الفرق في المآل بين هذه الصورة وصورة ربا الجاهلية القديمة؛ تُربي أو تقضي؟! فهذه الصيغة تحيل على الربا، لأن مآلها أن يزيد الدين بزيادة الأجل. أما لو قام بالتورق خارج هذا المصرف الذي يستحق الدين، فإن الأمر يخرج من شبهة التحيل على الربا^(١).

رابعاً: نقول عن أئمة الفقه في مثل هذه المعاملة:

١- ما نقل عن الإمام مالك بن أنس (ت ١٧٩ هـ) رحمته الله في الرجل يكون له على الرجل مئة دينار إلى أجل فإذا حلت قال له الذي عليه الدين: بعني سلعة يكون ثمنها مئة دينار نقدا بمئة وخمسين إلى أجل؟ قال مالك رحمته الله: «هذا بيع لا يصلح، ولم يزل أهل العلم ينهون عنه. وقال مالك: وإنما كره ذلك لأنه إنما يعطيه ثمن ما باعه بعينه، ويؤخر عنه المئة الأولى إلى الأجل الذي ذكر له آخر مرة، ويزداد عليه خمسون دينارا في تأخيره عنه، فهذا مكروه ولا يصلح، وهو أيضا يشبه حديث زيد بن أسلم رضي الله عنه في بيع أهل الجاهلية أنهم كانوا إذا حلت ديونهم قالوا للذي عليه الدين: إما أن تقضي وإما أن تربي»^(٢).

٢- فتوى شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله في مسألة رجل يداين الناس كل مئة بمئة و أربعين، و يجعل سلفا على حرير، فإذا جاء الأجل و أعسر المدين عن وفائه، قال له: عاملني. فيأخذ رب الحرير من عنده، و يقول للمدين: اشترت مني هذا الحرير بمئة وتسعين؛ إلا أنه يأتيه على حساب كل مئة بمئة و أربعين. وإذا قبضه المدين منه قال: أوفني هذا الحرير عن السلف الذي لي عندك. وإذا جاءت السنة الثانية طالبه بالدرهم

(١) انظر: عبدالله بن منيع، حكم التورق كما تجرّيه المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر، مرجع سابق، ج ٢/ ص ٣٥٣.

(٢) انظر: الإمام مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩ هـ)، الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر، ج ٢/ ص ٦٧٣، كتاب البيوع، باب: ماجاء في الربا في الدين.

المذكورة، فأعسرت عليه أو بعضها، قال: عاملني. فيحسب المتبقي والأصل و يجعل ذلك سلفا على حرير. فما يجب على هذا الرجل؟ فأجاب شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: «هذا هو عين الربا الذي أنزل فيه القرآن، فإنه كان يكون للرجل على الرجل الدين فيأتي إليه عند محل الأجل فيقول: إما أن تقضى و إما أن تربى، فإن وفاه و إلا زاده المدين في الدين، و زاده الغريم في الأجل، حتى يتضاعف المال، فأنزل الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾^(١) فهذه المعاملة لا تختلف عن مراباة أولئك المشركين، لكنها أظهرت هنا في صورة المعاملات أو المبيعات^(٢).

خامسا: تطبيق المصارف لهذه الحيلة في عمليات التورق للبطاقات الائتمانية:

(١) المراد بالبطاقات الائتمانية

هي بطاقة خاصة يصدرها المصرف لعميله تحوله الشراء من جهات محددة، على أن يسدد المصرف القيمة، ويعود على العميل بالسداد لاحقا في مدة معلومة بينها^(٣). وهناك تطبيق واسع لهذه الحيلة في تمويل مسحوبات أو مديونيات البطاقات الائتمانية، ويرى بعض الفقهاء المعاصرين أن تسميتها ينبغي أن تكون "بطاقات الإقراض". لتوافق هذا الاسم مع حقيقتها الإقراضية، إذ الائتمان في الفقه الإسلامي من الأمانة، وهذا لاعلاقة له بحقيقة هذه البطاقة في الواقع، لكن أتت هذه التسمية من حرفية الترجمة للمصطلح من اللغة الإنجليزية^(٤).

(١) سورة البقرة، الآية [٢٧٨].

(٢) انظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج ٢٩/ ص ٤٣٥.

(٣) انظر: عبدالوهاب أبو سليمان، البطاقات البنكية، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣م، ص ٢٣.

(٤) المرجع نفسه، ص ٢١.

٢) إجراءات هذه الصيغة

وكيفية هذه الصيغة: أن يوقع العميل ابتداء مع المصرف الذي منح له البطاقة الائتمانية عقد تورق مفتوح، و كلما تراكم عليه شيء من أقساط هذه البطاقة أو تأخر عن السداد يقوم المصرف تلقائياً وبدون إذن من العميل، وبموجب الوكالة التي لديه بالتورق بالنيابة عن العميل بقدر مبلغ الدين الحال على البطاقة، ثم سداد هذا الدين لصالح المصرف، وبهذا تزيد مديونية العميل بعد كل عملية تورق، وقد يتكرر بعد مدة التعثر نفسه أو التأخر في السداد فيكرر المصرف الإسلامي هذا التورق، فينتهي إلى تراكم فوائد وأقساط على هذا العميل.

وتعمد معظم المصارف إلى دعوة العميل للاختيار بين أن يسدد كامل المبلغ المترتب على البطاقة نهاية المدة، أو أن يتمول بموجب العقد السابق بينها بالتورق أو غيره، فيسد جزءاً ويؤخر الباقي بعقد تورق مقسط، وبذلك يقوم المصرف بسداد المبلغ المستحق بمعاملة جديدة تحت مسمى التورق أو المرابحة بين المصرف والعميل حامل البطاقة^(١).

٣) تحقق وجود الحيلة في سداد ديون هذه البطاقات:

إن واسطة هذه الحيلة عقد بيع تورق أو غيره، لكن مآلها التحيل على الربا وقلب للدين، وحيث ذكرنا سابقاً قرائن معرفة وجود التحيل في التورق المصرفي فلا داعي لإعادتها، وإن كانت صورة التحيل في هذه الصيغة أوضح لأن العميل يوقع على عقد تمويل بصيغة التورق، ويستخدمه المصرف بالنيابة عنه متى لم يسدد المبالغ المستحقة عليه للبطاقة الائتمانية أو للمصرف أو الجهة الممولة له باسم هذه البطاقة الائتمانية بدون الرجوع إليه، فهي عملية تورق جهل العميل بها يفوق جهله بالتورق المصرفي.

(١) انظر: محمود ارشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف، مرجع سابق، مرجع سابق،

(٤) حكم هذه الحيلة:

هذه الحيلة محرمة، لأنها صيغة تورق مصرفي سبق بيان حرمة، بل هي أسوأ لأنها تجمع إلى التورق المصرفي معاملة قلب الدين، وقد ذكرنا حكمها سابقاً، فإن العميل كلما تعثر رتب له المصرف ديناً جديداً ليسد به دينه، فتتراكم فوائد الديون على العميل في نهاية المطاف.

المطلب الخامس**الحيل لدى المصارف لدفع فائدة ماليّة للعميل**

ذكرت سابقاً التنافس بين المصارف الإسلاميّة والبنوك الربويّة، وإنه من أسباب سعي البعض لمحاكاة أعمال البنوك الربويّة، وحيث إن البنوك الربويّة تدفع لعملائها فوائد ربويّة محددة سلفاً مقابل الودائع النقديّة، وفي محاولة من المصرف الإسلامي لجذب المزيد من العملاء كان لا بد من التفكير في حيلة لدفع فوائد للعميل عند إيداعه لأمواله في المصرف الإسلامي بواسطة معاملة شرعية، مع تحقق ضمان رأس مال العميل، أي كما هو الحال لدى البنوك الربويّة، فظهر نتيجة لذلك صيغتان:

١- التورق العكسي.

٢- وضمان رأس مال العميل في المضاربة.

وسنفضّل في هاتين المسألتين مع بيان حكمهما.

الضلع الأول: التورق العكسي بين المصرف والعملاء:

سبق بيان المراد بالتورق المصرفي وبيان حكمه، ونحن هنا مع تورق مماثل لكنه عكس السابق.

أولاً: المراد بالتورق العكسي:

أن يوكل شخص شخصاً آخر بشراء سلعة نيابة عنه، ويسلمه الثمن نقداً، فإذا اشترى الوكيل السلعة، اشتراها من الأصيل بثمن مؤجل، ثم يبيعها ويحصل على

النقد^(١)، وسُمِّي التورق العكسي لأن المصرف يكون مكان العميل، فالعميل في التورق العكسي هو المقرض، والمصرف مقترض وقد تسمى المعاملة بمقلوب التورق، أو المربحة العكسية أو الاستثمار في المربحة، وتدور كلها على تقديم خدمة فوائد على الوديعة النقدية من المصارف الإسلامية لعملائها^(٢)، لذا قد تسمى: المنتج البديل عن الوديعة لأجل^(٣).

ثانياً: إجراءات التورق العكسي:

إجراءات التورق العكسي مشابهة للتورق المصرفي مع تبادل في الأماكن بين العميل والمصرف، وتتم كما يأتي:

١- يوقع العميل عقد توكيل للمصرف بالشراء للسلع نيابة عنه حسب المبلغ الذي يود استثماره، ويكون المصرف هو الوكيل عن العميل، فيشتري السلعة بأموال العميل من طرف ثالث.

٢- يوقع عقد مبيعة بين العميل والمصرف: فيعيد المصرف بيع السلعة لنفسه، أي للمصرف، بأجل محدود وبقيمة أكبر، فيحصل العميل على ربح مؤجل على رأس ماله.

٣- يعيد المصرف بيع السلعة لأطراف أخرى ويحصل على المال^(٤).

ثالثاً: هدف المصرف من هذه المعاملة:

هذه العملية استحدثت كبديل للفوائد التي تعطيها البنوك الربوية للعملاء مقابل إيداعهم أموالهم لديها، فهنا يريد المصرف أمرين:

الأول: أن يدفع للعميل فائدة على الأموال التي أودعها عند المصرف، ترغيباً له في إبقائها في المصرف.

(١) انظر: د سامي السويلم، منتجات التورق المصرفي، مرجع سابق، ص ٣٨.

(٢) انظر: د سامي السويلم، منتجات التورق المصرفي، مرجع سابق، ص ٣٨.

(٣) انظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد ٢٣، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ص ٣٥٦.

(٤) المرجع نفسه، ص ٣٥٥.

الأمر الثاني: يريد المصرف أيضا طمأننة العميل بضمان رأس ماله من أي خسارة. وحيث إنه لا يمكن تحقيق هذه الصيغة الربوية في التعامل، أي: تحقق الربح للعميل المساهم برأس المال وخروجه من أي خسارة محتملة بأي صيغة شرعية كالمضاربة أو المشاركة، لذا كانت هذه الحيلة للتوصل لهذه المعادلة، فأخرجت هذه المعاملة في هذه الصورة الشرعية في ظاهرها الربوية في حقيقتها.

رابعاً: حقيقة وجود الحيلة في المعاملة:

يظهر جلياً أنها من أنواع التورق المنظم الذي سبق الحديث عنه لكن مع اختلاف الحال؛ فالمصرف مكان العميل.

ومن قرائن وجود الحيلة في الصيغة: الصورية في المعاملة، ودليل الصورية الفارقة: أنه لا يوجد احتمال لأن يخسر العميل في عملية التورق، بل الربح - وإن شئت قلت الفائدة - مضمونة له، وكذلك قرينة: النظر لما دخل في اليد وما خرج منها، فيظهر أنه يخرج مال من يد العميل ويعود مال بفائدة إليه، مع الضمان لعدم الخسارة، وقد سبق بيان حكم التورق المصرفي، ولا يغير شيء في حكم الصيغة كون المصرف صار مكان العميل.

خامساً: حكم هذه الحيلة

يظهر مما سبق أنها حيلة محرمة، وأنه لا فرق بينها وبين التورق المصرفي الذي بينت فيما سبق أنه حيلة ممنوعة. وهذا أيضا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي، وهذا نص القرار: «قرر المجمع الفقهي الإسلامي عدم جواز هذه المعاملة؛ لما يأتي:

١- إن هذه المعاملة مماثلة لمسألة العينة المحرمة شرعاً من جهة كون السلعة المبيعة ليست مقصودة لذاتها، فتأخذ حكمها، خصوصاً أن المصرف يلتزم للعميل بشراء هذه السلعة منه.

٢- إن هذه المعاملة تدخل في مفهوم التورق المنظم، وقد سبق للمجمع أن قرر تحريم التورق المنظم بقراره الثاني في دورته السابعة عشرة، وما علل به منع التورق المصرفي من علل يوجد في هذه المعاملة.

٣- إن هذه المعاملة تنافي الهدف من التمويل الإسلامي، القائم على ربط التمويل بالنشاط الحقيقي، بما يعزز النمو والرخاء الاقتصادي»^(١).

الضلع الثاني: الحيلة بضمان المصرف لرأس مال العميل في المضاربة:

الحيلة الثانية التي تجرّها بعض المصارف لتقديم أرباح لعملائها تتم تحت مسمى المضاربة المشتركة. وقد ذكرت سابقاً أن صيغة التمويل بالمضاربة من أقوى الصيغ في تحقيقها للمقاصد الشرعية في المال، فهي شركة بين من لديه رأس المال ومن لديه قدرة على تشغيله وتدويره بشتى مجالات الاستثمار، وهذا يحقق مقصداً هاما هو الرواج.

وحيث تملك المصارف أرصدة كبيرة لديها من قبل المودعين، وتشجيعاً لهم لإبقائها عندها تم استحداث هذه المعاملة التي للعميل فيها الغنم ولا يتحمل الغرم، أي لا يتحمل خسارة شيء من ماله لأنه مضمون من قبل المصرف.

أولاً: حقيقة المضاربة المشتركة التي تجرّها المصارف الإسلامية:

لفهم عقد المضاربة الذي يتم بين العميل والمصرف، نوضح طبيعة المضاربة التي تقوم بها المصارف، أو ما يسمى بالمضاربة المشتركة، إذ يقوم المصرف بعمل محفظة مالية يجمع فيها أموال العملاء، ثم يستثمرها بصيغة شركة المضاربة، ويكون المصرف هنا هو المضارب، وقد يعطيهما لطرف ثالث ليضارب بها، وتسمى: المضاربة المشتركة، لأن المال يأتي من عدة أطراف^(٢)، وقد تسمى بالمضاربة الجماعية كذلك^(٣). ولخشية العملاء وعدم رغبتهم في المخاطرة، يشترط المصرف لهم أن يضمن رأس المال فيتحمل هو الخسارة وحده، وإن ربحت المضاربة فلهم الربح.

(١) المجمع الفقهي الإسلامي؛ رابطة العالم الإسلامي؛ دورته التاسعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة،

انظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد ٢٣، مرجع سابق، ص ٣٥٥.

(٢) انظر: د. على السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، مرجع سابق، ص ١٦٣.

(٣) انظر: د. محسن الخضيرى، البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٣٦.

ثانياً: الفرق بين المضاربة البسيطة والمضاربة المصرفية:

والفرق بين المضاربة المشتركة التي يجريها المصرف والمضاربة الفردية أو البسيطة:

١- الأطراف في المضاربة المشتركة ثلاثة: أصحاب رأس المال والمصرف والمضارب؛

وفي المضاربة البسيطة يوجد طرفان فقط: صاحب رأس المال والمضارب.

٢- رأس المال في المضاربة المشتركة يأتي من عدة أطراف، وفي البسيطة من طرف

واحد.

٣- لا يوجد ضمان لرأس المال في المضاربة البسيطة، وفي المضاربة المشتركة يقدم

المصرف الضمان.

٤- المضاربة المشتركة شركة مستمرة في الغالب، وقد يدخل أشخاص ويخرج آخرون،

أما المضاربة الفردية فتنتهي غالباً خلال مدة من الزمن^(١).

ثالثاً: المقصود بضمان رأس المال:

وينبغي أن ننبه أن الضمان هو لرأس المال وليس للفائدة المتوقعة، فالعملية تختلف عن

الفائدة الربوية أن العميل لا يضمن الحصول على فائدة على وديعته لدى المصرف

الإسلامي، لكن إن ربح الاستثمار في هذه المضاربة أخذ العميل شيئاً من الربح حسب

الاتفاق.

رابعاً: حكم ضمان المضارب لرأس المال:

سبق بيان حكم المضاربة، لكن الجديد هنا هو التزام المصرف بضمان رأس مال

المودعين، وحيث سبق وأن بينا أن يد المضارب يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي، وهو رأي

جَلّ الفقهاء، وذكرت سابقاً في شروط صحة المضاربة: شرط عدم ضمان رأس المال

المضارب. وعقد القراض أو المضاربة من العقود التي فيها غرر ومخاطرة، لأنه إجارة

(١) انظر: د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

مجهولة القيمة، لكن أجزت ترفقا بالناس، وجلبا لمصالحهم، وعليه فيرى الفقهاء أنه لا يجوز أن يضاف إليه ما يزيد في الغرر الذي في أصله^(١). وعند مالك والشافعي لا يجوز اشتراط ضمان رأس المال في المضاربة، والعقد فاسد؛ لأن اشتراط الضمان زيادة غرر في المضاربة نفسها^(٢). وقال أبو حنيفة وأصحابه: المضاربة جائزة والشرط باطل، لأنه كالشرط الفاسد في البيع لا يبطل البيع، لكن الشرط لا يصح^(٣).

خامسا: تفصيل آراء الفقهاء المعاصرين في ضمان رأس المال في المضاربة

المشتركة:

الرأي الأول: جواز الضمان مطلقا من قبل المضارب نفسه، وهو هنا المصرف. ووجه

هذا الرأي:

١- إن المضارب متطوع بالضمان، ولا يوجد ما يمنع من ذلك^(٤).

٢- قياس المضاربة المشتركة على الأجير المشترك، في كون كل منهما أجير مشترك فيجوز تضمينه للمال، وقد ذكر هذه العلة فقهاء الأحناف - رحمهم الله - قبل وجود المضارب، لكن قالوا بالتضمن فقط في حالة كان هناك تعدد من المضارب^(٥).

وهذا القول يناقش من عدة أمور:

١- إنه قياس مع الفارق، فإن قياس ضمان المضارب على تضمين الأجير المشترك

قياس مع الفارق، لوجود فرق حقيقي بين المسألتين.

(١) انظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج ٢/ ص ٢٨٥.

(٢) المرجع نفسه، ج ٢/ ص ٢٨٧.

(٣) انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج ٨/ ص ٢٨٥.

(٤) انظر: د نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، المعهد الإسلامي

للبحوث والتدريب، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠ م، ص ٢٦.

(٥) انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج ٨/ ص ٢٨٠.

٢- إن القياس على تضمين الأجير المشترك لا يصح لأن تضمينه ليس بنص، ولم يستند إلى نص حتى يقاس عليه، وإنما هو من الاستحسان فلا يمكن أن يقاس عليه غيره^(١).

٣- لا يصح الاحتجاج أيضا بقول الأحناف، لأنهم ضمنوا المضارب عند التقصير فقط، بينما يضمن المصرف هنا حتى لو لم يتعد أو يقصر.

الرأي الثاني: جواز ضمان المصرف للمال. وحجتهم أنه وسيط وليس مضاربا، لأنه يعطي المال لغيره ليضارب به، فيكون ضامنا للمال بهذه الحالة.

وقد نوقش هذا الرأي بأن المصرف مضارب في حقيقة الأمر، ولا يغير حقيقة ذلك كونه يستعين بجهات أخرى وأن هذا الضمان يؤدي بالمصرف أن يكون مثل المصرف الربوي في دفعه الأرباح على الودائع^(٢).

الرأي الثالث: من أجاز الضمان لرأس المال بشرط إدخال طرف ثالث يكون هو الضامن.

مثل أن ينشأ صندوق تأمين تعاوني إسلامي، يقوم على اقتطاع جزء من أرباح المضاربة لمواجهة مخاطر الاستثمار^(٣).

وهذا الرأي اختيار بعض الفقهاء المعاصرين، وحجتهم أنه يكون تبرعا مبنيا على التعاون والتكافل، وهو أقرب إلى روح التشريع الإسلامي، وهذه الصيغة هي الأكثر استخداما لدى المصارف لضمان رأس مال العميل عند المضاربة، فإن تحقق ربح

(١) انظر: د. حسن الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها العصرية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠ م، ص ٣٦.

(٢) انظر: د. رفيق المصري، بحوث في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٨١.

(٣) انظر: د. محمود ارشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤٩.

فللعميل، وإن تحققت خسارة فله رأس ماله دون أي نقصان، ويتحمل المضارب خسارة الجهد^(١).

سادسا: حقيقة وجود الحيلة في الصيغة:

لا شك أن الحيلة موجودة في هذا التصرف، والحيلة هنا ليست في دفع فائدة ربوية، بل هي حيلة على مسألة شرط ضمان مال المضارب، الذي يرى الفقهاء منعه. فالحيلة هنا: إرادة مالك رأس المال تضمين المضارب لرأس المال، سواء بدعوى أنه متطوع بذلك، أو أن المصرف وسيط، أو أن المصرف لا يضمن، بل الضامن طرف ثالث متبرع.

ومن قرائن وجود الحيلة: إدخال طرف ثالث أو وسيط هو من يضمن رأس المال. ولو نظرنا إلى وجود الصورية في المعاملة، وهي القرينة الأهم؛ لكونها تدل على قصد ممنوع يستر ويخفي بصورة التصرف المقبول، فهذه الصورية ليست موجودة في العقد لأن الطرف الثالث دخوله في المعاملة حقيقي وليس صورياً وله أثر في العقد؛ لأنه يتحمل الخسارة إن حدثت، لذا فخرجا من شبهة الصورية لا بد من أن يكون جهة مستقلة لا علاقة لها بالمصرف، حتى لا يكون هذا الوسيط صورياً، كأن يكون صندوقاً تكافلياً مستقلاً، أي له شخصية اعتبارية مستقلة حقيقة عن المضارب، وهو هنا المصرف، وعليه تظهر أهمية إنشاء مثل هذه الصناديق التعاونية التكافلية المستقلة للخروج بهذه الصيغة من شبهة الصورية.

سابعا: حكم هذه الحيلة :

سأفصل في الأقوال الثلاثة في المسألة وأناقشها بإيجاز:

(١) هو اختيار: د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٣٠٨.

القول الأول: جواز تضمين المصرف مطلقا، فقد ذكرت مناقشة هذا القول سابقا، وأن القياس بالأجير المشترك لا يستقيم ابتداء، وتجويز هذا الضمان مسألة فقهية، فمن تحيل فهو يتحيل على منع الفقهاء لهذا الضمان.

القول الثاني: وهو أن المصرف وسيط وليس مضاربا، فهذا الادعاء إن ثبت فهي مسألة أخرى وتشبه القول الثالث، أي وجود طرف ثالث يضمن.

القول الثالث: وهو إدخال طرف وسيط يكون ضامنا لرأس المال؛ فإذا طبقنا معايير جواز الحيل على هذه الصيغة، نجد:

المعيار الأول: لا يوجد نص شرعي يمنع هذا الضمان، ولا يلحق هذا الضمان ضررا بأحد، لأن الخسارة مترتبة على طرف ثالث قد تطوع بذلك.

المعيار الثاني: يوجد مصلحة بلا شك فإن في تحريك أموال المودعين في المضاربات تحقيقا لرواج الأموال، فيتحقق بذلك تنمية للاقتصاد، ومن ذلك الوظائف التي تنتج عن تحريك هذا المال، والذي لولا ذلك ل بقي مجمدا في المصرف بغير أي فائدة للمجتمع منه.

المعيار الثالث: المقاصد السابقة التي يحققها أعظم مما يفوت من مقاصد. فعليه الذي أميل إليه: أن القول الثالث له وجهة، وأن صيغة ضمان رأس المال بواسطة طرف ثالث متطوع يمكن القول بأنها من الحيل المعتبرة مقاصديا. هذا والله أعلم وأحكم، و الحمد لله على ما تفضل به من إتمام هذه الدراسة..

الخاتمة

نتائج الدراسة:

بعد التنقل والترحال في فصول ومباحث هذه الرسالة ؛ بدءاً بأول ظهور للحيل في القرن الثاني الهجري، وانتهاء بعهد جديد للحيل الفقهية بدخولها على المصرفية الإسلامية المعاصرة، نكون بذلك قد انتهينا من هذه الدراسة، ولا يسعني إتماماً للفائدة إلا أن أسطر أهم نتائج هذه الرسالة:

- ١- أهمية التقسيم والتحرير لأقسام الحيل قبل الحكم عليها.
- ٢- هناك حيل ممنوعة بالاتفاق، ولا يصح نسبتها للفقه الإسلامي وأئمتها، ومن باب أولى لا تنسب للشريعة الإسلامية.
- ٣- الحيل المتفق على جوازها أو ما يمكن تسميته مخارج فقهية: هي التي لا يقصد بها تغيير للحكم الشرعي، وإنما هي مخارج من المآزق التي لا يوجد فيها نص، وتنفع في التحوط لحفظ الحقوق وضبط العقود والاتفاقات، ومنع المكر فيها والنقض لها.
- ٤- المخارج الفقهية: منهج في الإفتاء يجمع العديد من مناهج ومسالك الاجتهاد، لكن أكثر مفردات منهج المخارج الفقهية تابع في جملته لأصول فقهية وقواعد شرعية أخرى؛ كفقه التيسير ورفع الحرج، وليس بمنهج مستقل أو منفرد كمنهج خاص.
- ٥- الحيل التي مقصدها شرعي لكن وسيلتها محرمة بعيدة عن مفهوم الحيل الفقهية، وأقرب إلى مسألة الظفر بالحق وفقه استيفاء الحقوق.
- ٦- حقيقة الحيلة الفقهية المشهورة عند الفقهاء هي: ما كان فيها تغيير للحكم الشرعي بوسيلة مباحة، وهي مدار البحث، وعليها تبنى جل مسائل الحيل الخلافية.
- ٧- الحيل الفقهية الراجح في حكمها المنع في الجملة للنصوص الواردة، ولتناقضها مع المقاصد الشرعية.

- ٨- الشرع لا يقر الصورية في التعاملات والتصرفات التي مآلها ما منعه الشريعة، وإن وافق ظاهرها التصرفات المقبولة شرعا، لأنه تناقض تنزهه عنه الشريعة.
- ٩- أهمية عرض جميع المناهج والمسالك في الفتوى على المقاصد الشرعية وتحديد موقعها منها، لأن المقاصد الشرعية ميزان لا يطيش لمراد الشارع من الأحكام.
- ١٠- العلاقة بين الحيل الفقهية والمقاصد الشرعية علاقة تناقض في الجملة، لذا لا يمكن تحقيق المقاصد الشرعية بواسطة الحيل الفقهية في العموم.
- ١١- الحيل الفقهية لا تصلح منهجا أو مسلكا للإفتاء لعدم تحقق الشروط اللازمة فيها.
- ١٢- حيث إن الأصل في حكم الحيل الفقهية المنع، فإن الحيل الفقهية التي تجوز لكونها معتبرة مقاصديا نطاقها ضيق ومحدود للغاية، وتتمثل في الحيل التي تحقق مقصدا شرعيا أعظم مما تفوت.
- ١٣- إن وضع قرائن دالة على إرادة التحيل في المعاملة أو التصرف يعين الباحث على تصور المسألة.
- ١٤- إن وضع معايير للحكم على الحيلة الفقهية، يساعد الباحثين والمفتين في الحكم عليها.
- ١٥- الاستدلال على جواز الحيل بتحقيقها للمصالح وبرفعها للحرص شابه الكثير من التوسع والتجاوز الذي لا يشهد له فقه المصالح الشرعية ورفع الحرج.
- ١٦- يمكن الاستعانة بمنهج المخارج الفقهية في استحداث وإبداع معاملات وصيغ تمويلية تتوافق والشريعة ومقاصدها.

- ١٧- لا يمكن بناء مصرفية إسلامية بالاعتماد على الحيل للتناقض بين الحيل وتحقيق المقاصد.
- ١٨- دخول الحيل في تأسيس معاملات المصرفية الإسلامية نفعها وقتي ؛ لكنه حاد بمسيرتها وبنقاء معاملاتها، مما أضر بالمصرفية الإسلامية في نهاية الأمر.
- ١٩- من المعاملات المصرفية ما لا يمكن تصحيحه بأي صورة من صور المعاملات الشرعية، لقيام المعاملة على مبدأ الفائدة الربوية.
- ٢٠- صيغ التمويل المبنية على الحيل لا تحقق مقاصد الشارع من الاقتصاد الإسلامي.
- ٢١- أسس المصرفية الربوية القائمة على المتاجرة بالمال لا يمكن اعتمادها في بناء مصرفية إسلامية، والتحيل على ذلك بصور البيع أو العقود المختلفة لن يحل المشكلة.
- ٢٢- إضافة الوعد الملزم لصيغة المرابحة للأمر بالشراء: يحيلها إلى حيلة ممنوعة، إلا في حالات مستثناة.
- ٢٣- صيغة التورق المنظم في المصارف الإسلامية صيغة ثبت عدم موافقتها للشرع ومخالفتها لمقاصده.
- ٢٤- التحيل بالتلفيق بين العقود لإخراج صيغ تقوي موقف المصرف وتحميه بشكل مفرط: مثل عقد الإجارة المنتهية بالتملك، لا تتوافق مع العدل في الشريعة، وتؤول إلى النزاع والشحناء في الغالب.
- ٢٥- المصارف الإسلامية مصارف استثمارية وتنموية، تستثمر أموالها بالتجارة والمشاركات المختلفة، وتساهم في تنمية اقتصاد البلاد والعباد، وينبغي أن تؤدي هذا الدور قلبا وقالبا، ولا يمكن تحقيق هذا إلا بتحمل بعض المخاطر اللازمة في التجارة والشراكة.

٢٦- الدعوى بأن الحيل الفقهية أهون من الوقوع في الربا الصريح دعوى ليست صحيحة على إطلاقها، وتكرس للرضا بالواقع، والأولى استحداث معاملات تتوافق والشرع.

٢٧- لا بد أن تكون جهة الإفتاء والاستشارات الشرعية خارجة عن هيكلية موظفي المصارف، لتلا تكريس إدارة المصرف الهيئة الشرعية لإيجاد حيل ومخارج لتحليل المعاملات الممنوعة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين..

فهرس المصادر والمراجع

* القرآن الكريم.

(أ)

- إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي (ت ٨٨٤هـ)، المبدع، المكتب الإسلامي، بيروت، د.ط، ١٤٠٠هـ.
- ابن أبي شيبة؛ أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي (ت ٢٣٥هـ)، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ
- ابن الأثير الجزري؛ مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد (ت ٦٠٦هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر الزاوي ومحمود الطناجي، المكتبة العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.
- ابن القيم؛ محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ):
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، د.ط، د.ت.
- إغائة اللفهان من مصايد الشيطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت.
- ابن اللحام، علاء الدين بن محمد بن عباس البعلي الحنبلي (ت ٨٠٣هـ)، القواعد والفوائد الأصولية، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٩م.
- ابن المنذر؛ محمد بن إبراهيم النيسابوري أبو بكر (ت ٣١٨هـ)، الإجماع، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، ١٤٠٢هـ.
- ابن النديم؛ محمد بن إسحاق، (ت ٣٨٥هـ)، الفهرست، دار المعرفة، بيروت، د.ط، ١٩٧٨م.

- ابن الهمام ؛ كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي الحنفي (ت ٦٨١هـ)، شرح فتح القدير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٧٠م.
- ابن بطة ؛ عبيد الله العقيلي، (ت ٣٨٧هـ) إبطال الحيل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٣م.
- ابن تيمية ؛ شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام (ت ٧٢٨هـ):
- بيان الدليل على بطلان التحليل، تحقيق: د. فيحان المطيري، نشر مكتبة لينة للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٩٦م.
- الفتاوى الكبرى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت.
- مجموع الفتاوى، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن قاسم العاصمي وابنه محمد، مكتبة ابن تيمية، د.م، د.ط، د.ت.
- ابن جزيء ؛ محمد بن أحمد بن جزيء الكلبي الغرناطي (ت ٦٩٣هـ)، القوانين الفقهية، د.ن، د.م، د.ت.
- ابن حجر العسقلاني ؛ أحمد بن علي بن محمد (ت ٨٥٢هـ):
- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق: د شعبان محمد إسماعيل، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، د.ط، د.ت.
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: السيد عبدالله هاشم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت.
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: الشيخ عبد العزيز بن باز وآخرون، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت.
- ابن حزم الظاهري ؛ علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت ٤٥٦هـ):
- المحلى، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، د.ط، د.ت.
- مراتب الإجماع، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت.

- ابن رشد الحفيد ؛ محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب الإسلامية، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٨٣ م.
- ابن عابدين ؛ محمد أمين بن عمر (ت ١٢٥٢هـ)، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٩٦٦ م.
- ابن عاشور ؛ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد المساوي، البصائر للإنتاج العلمي، الطبعة الأولى، ١٩٩٨ م.
- ابن عبد البر ؛ أبو عمر يوسف بن عبدالله بن عبد البر القرطبي (ت ٤٦٣هـ)، الكافي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٧ هـ.
- ابن فارس ؛ أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسن (ت ٣٩٥هـ)، معجم المقاييس في اللغة، تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٤ م.
- ابن قاضي شهبة ؛ أبوبكر بن أحمد بن محمد قاضي شهبة (ت ٨٥١هـ)، طبقات الشافعية، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، د. ط، ١٤٠٧ هـ.
- ابن قدامة ؛ موفق الدين عبد الله بن احمد الحنبلي (ت ٦٢٠هـ)، المغني، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٨٥ م.
- ابن كثير ؛ أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي (ت ٧٧٤هـ)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: خالد محرم، المكتبة العصرية، بيروت، د. ط، ٢٠٠٤ م.
- ابن ماجه ؛ محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني (ت ٢٧٥هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، د. ط، د. ت.
- ابن مفلح ؛ شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي (ت ٧٦٢هـ)، الفروع، تحقيق: حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ.

- ابن منظور؛ جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي (ت ٧١١هـ)، لسان العرب، دار الحديث، القاهرة، مصر، ٢٠٠٣م.
- ابن نجيم الحنفي؛ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم (ت ٩٧٠هـ):
- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م.
- البحر الرائق شرح كنز الحقائق، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت.
- أبو داود؛ سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي (ت ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، د.ط، د.م، د.ت.
- أبو زهرة؛ محمد أبو زهرة، أبو حنيفة حياته وعصره وآراؤه وفقهه، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، ١٩٩٧م.
- أحمد بن حنبل؛ الإمام أبو عبدالله الشيباني (ت ٢٤١هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، مصر، د.ط، د.ت.
- أحمد الريسوني:
- محاضرات في مقاصد الشريعة، دار السلام، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، السعودية، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م.
- أحمد سالم ملحم، بيع المرابحة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ١٩٨٩م.
- أحمد سعيد حوى:
- صور التحايل على الربا، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.
- المدخل إلى مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار الأندلس الخضراء، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.

- أحمد عبد العزيز النجار، بنوك بلا فوائد، الدار السعودية للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ.
- أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، الطبعة الخامسة، ١٩٩٨م.
- الأزهرى؛ أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر (ت ٣٧٠هـ)، الزاهر، تحقيق: د. محمد جابر الألفى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ.
- أسامة الحموي، نظرية الاستحسان، دار الخير، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م.
- أمير بادشاه؛ محمد أمين الحسيني الحنفي، تيسير التحرير، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.

(ب)

- البخاري؛ أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦هـ)، صحيح البخاري، مراجعة وضبط: محمد القطب وهشام البخاري، المكتبة العصرية، صيدا وبيروت، د.ط، ٢٠٠٩م.
- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت، د.ط، د.ت.
- البعلبي؛ شمس الدين محمد بن أبي الفتح الحنبلي (ت ٧٠٩هـ)، المطلع على أبواب المقنع، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٦٥م.
- البهوتي؛ منصور بن يونس (ت ١٠٥١هـ):
- الروض المربع شرح زاد المستقنع، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، د.ط، ١٣٩٠هـ.
- كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤٠٢هـ.

- البيهقي ؛ أحمد بن الحسين بن علي، أبو بكر البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، د.ط، ١٩٩٤م.

(ت)

- تاج الدين السبكي ؛ عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، (ت ٧٧١هـ) الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩١م.
- الترمذي ؛ محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي (ت ٢٧٩هـ)، الجامع الصحيح ؛ سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

(ج)

- الجرجاني ؛ علي بن محمد بن علي الجرجاني (ت ٨١٦هـ)، التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
- الجصاص ؛ أحمد بن علي الرازي أبوبكر (ت ٣٧٠هـ)، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، ١٤٠٥هـ.
- جميل محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية، دار الوفاء، المنصورة، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣م.

(ح)

- الحجوي ؛ محمد بن الحسن الحجوي الفاسي، (ت ١٣٧٦هـ) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، تحقيق: عبد العزيز القارئ، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، ١٣٩٦هـ.
- حسن احمد الغزالي، إنشاء الالتزام في حقوق العباد، دار عالم الكتب، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.

- حسن الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها العصرية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، السعودية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠م.
- حسن الصغير، التهمة في مجال المعاملات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٤.
- حسين خلف الجبوري:
- أحكام الرخص في الشريعة الإسلامية، مكتبة المنارة، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٩٨٨م.
- الأقوال الأصولية للإمام أبي الحسن الكرخي، الطبعة الأولى، ١٤٠٩م.
- حسين حامد حسان، فقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م.
- حمداتي ماء العينين، الصورية في الشريعة والقانون، الهلال العربية للنشر، د.م، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

(خ)

- خالد عبد الله الحافي، الإجارة المنتهية بالتمليك، د ن، السعودية، الطبعة الثانية، ٢٠٠١م.
- الخصاص؛ أحمد بن عمرو أبو بكر الشيباني (ت ٢٦١هـ)، كتاب الحيل، مكتبة القاهرة، مصر، د.ط، ١٣١٤هـ.
- خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثامنة، ١٩٨٩م.

(د)

- الدارقطني؛ علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي (ت ٣٨٥هـ)، سنن الدارقطني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم بياني المدني، دار المعرفة، بيروت، د.ط، ١٩٦٦م.

- الدردير؛ أبو البركات أحمد بن محمد:
- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، وزارة العدل بدولة الإمارات، د.ط، د.ت.
- الشرح الكبير على متن خليل، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، د.م، د.ط، د.ت.

(ذ)

- الذهبي؛ شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان (ت ٧٤٨ هـ)، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، د.م، الطبعة السادسة، ١٩٨٩م.

(ر)

- الرازي؛ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، عني بترتيبه: محمود خاطر بك، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط، ١٩٨١م.
- ربيع محمود الروبي، بيع المرابحة للواعد الملزم بالشراء والدور التنموي للمصارف الإسلامية، معهد البحوث العلمية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، د.ط، ١٤١١هـ.
- رفيق يونس المصري:
- بحوث في المصارف الإسلامية، دار المكتبي، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- بيع التسيط، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٠م.
- الجامع في أصول الربا، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩١م.
- رمضان اللخمي، التعليل بالمصلحة عند الأصوليين، دار الهدى للطباعة، د.م، د.ط، ١٩٨٧م.

(ز)

- الزرقاني ؛ محمد بن عبد الباقي بن يوسف (ت ١١٢٢ هـ)، شرح موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١ هـ.
- الزركشي ؛ بدر الدين محمد بن بهادر (ت ٧٩٤ هـ):
- المنشور في القواعد، دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق: محمد إسماعيل، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠ م.
- البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق: عبدالقادر العاني، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٩٢ م.
- الزركلي ؛ خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثامنة، ١٩٨٩ م.
- الزيلعي ؛ جمال الدين عبدالله بن يوسف الحنفي (ت ٧٦٢ هـ)، نصب الراية لأحايث الهداية، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، ١٩٨٧ م.

(س)

- سامي السويلم:
- التورق والتورق المنظم، أعمال وبعوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، د.ط، د.ت.
- منتجات التورق المصرفي، بعوث مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، د.ط، ١٤٣٠ هـ.
- السرخسي ؛ شمس الدين السرخسي الحنفي، (ت ٤٨٣ هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د.ط، ١٩٨٩ م.
- سعود محمد الربيعة:
- تحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي ومقتضياته، منشورات مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٢ م.

- صيغ التمويل بالمرابحة، منشورات مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
- السمرقندي ؛ سعيد بن علي (ت ٥٠٠م)، جنة الأحكام وجنة الخصام في الحيل والمخارج، تحقيق: د. صفوة كوسة ود. إلياس قبلان، دار صادر، الطبعة الأولى ٢٠٠٥م.
 - السمرقندي ؛ علاء الدين السمرقندي (ت ٥٣٩هـ)، تحفة الفقهاء، تحقيق: د. محمد زكي عبد البر، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، الطبعة الثانية، د.ت.
 - السيد البكري بن السيد محمد شطا، إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.
 - السيوطي ؛ جلال الدين عبد الرحمن، (ت ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٣م.
- (ش)
- الشاطبي ؛ إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (ت ٧٩٠هـ) الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٧٥هـ.
 - الشافعي، الإمام محمد بن إدريس، (ت ٢٠٤هـ) الأم، تحقيق: د. رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، مصر، ط الأولى، ٢٠٠١م.
 - شاه ولي الله الدهلوي، حجة الله البالغة، راجعه: محمد شريف، دار إحياء العلوم، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م.
 - شوقي دنيا، الشبهات المعاصرة لإباحة الربا، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
 - الشوكاني ؛ محمد بن علي بن محمد (ت ١٢٥٠هـ):
 - السيل الجرار، تحقيق: محمود زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.

- اللمع في أصول الفقه، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٨٥ م.
- نيل الأوطار، دار الجيل، بيروت، د.ط، ١٩٧٣ م.
- الشيرازي؛ أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشافعي (ت ٤٧٦هـ)، المهذب، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

(ص)

- صالح إسماعيل بوبشيش، الحيل الفقهية ضوابطها وتطبيقاتها على الأحوال الشخصية، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥ م.
- صالح بن حميد، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، دار الاستقامة، الطبعة الثانية، ١٤١٢ هـ.
- صالح حميد العلي، المؤسسات المالية الإسلامية ودورها في التنمية، دارالنوادر، سوريا، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨ م.
- صديق بن حسن القنوجي (ت ١٣٠٧هـ)، أبجد العلوم، تحقيق: عبد الجبار زكار، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، ١٩٧٨ م.
- الصديق محمد الأمين الضرير، حكم التورق كما تجرته المصارف في الوقت الحاضر، أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، د.ط، د.ت.
- الصنعاني؛ محمد بن إسماعيل الصنعاني الأمير (ت ٨٥٢هـ)، سبل السلام، تحقيق: محمد الخولي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٣٧٩ هـ.

(ع)

- عبد الرحمن بن حامد الحامد، تجربة البنوك التجارية السعودية في بيع المربحة للأمر بالشراء، دار بلنسية، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣ م.

- عبد الرحمن السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
- عبد الرزاق؛ أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت ٢١١هـ)، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
- عبد الرزاق رحيم الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م.
- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر، د.م، د.ط، د.ت.
- عبد العزيز بن عبد الرحمن بن ربيعة، علم مقاصد الشارع، د.ن، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.
- عبد العظيم أبو زيد، بيع المرابحة وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
- عبد القادر بن حرز الله، التعليل المقاصدي لأحكام الفساد والبطلان، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.
- عبد القادر بن أبي الوفاء القرشي (ت ٧٧٥هـ)، طبقات الحنفية، الناشر: مير محمد كتب خانة، كراتشي، د.ط، د.ت.
- عبد الكريم زيدان، حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، د.ت.
- عبد الله الشرقاوي، أثر الواقع في تطور العقود المالية في الفقه الإسلامي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
- عبد الله بن عبد المحسن التركي، أصول مذهب الإمام أحمد، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٩٧٧م.

- عبد الله بن المحفوظ بن بيه:
- توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٨ م.
- مشاهد من المقاصد، مؤسسة الإسلام اليوم، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠ م.
- عبد الله بن محمد السعيد، التورق كما تجريره المصارف في الوقت الحاضر، أعمال وبعوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، د.ط، د.ت.
- عبد الله بن منيع:
- بحوث في الاقتصاد الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٦ م.
- حكم التورق كما تجريره المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر، أعمال وبعوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، د.ط، د.ت.
- عبد المجيد عبد الله دية، القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥ م.
- عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان:
- البطاقات البنكية، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣ م.
- عقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، السعودية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠ م.
- فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد، المعهد الإسلامي للتدريب والبعوث، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، ١٩٩٣ م.
- العبدري؛ محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري (ت ٨٩٧هـ)، التاج والإكليل لمتن خليل، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٨ هـ.

- العزبن عبد السلام؛ عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (ت ٦٦٠هـ):
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام تحقيق: عبد اللطيف حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
- القواعد الصغرى أو الفوائد في اختصار المقاصد، تحقيق: إياد الطباع، دار الفكر العربي، إعادة الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، د.ن، د.م، الطبعة الثامنة، د.ت.
- عطية فياض، التطبيقات المصرفية لبيع المرابحة في ضوء الفقه الإسلامي، دار النشر للجامعات، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
- علاء الدين السمرقندي (ت ٥٣٩هـ)، تحفة الفقهاء، تحقيق: د. محمد زكي عبدالبر، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، الطبعة الثانية، د.ت.
- علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، منشورات مؤسسة علال الفاسي، د.م، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٨م.
- على محي الدين القرداغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- علي السالوس:
- العينة والتورق والتورق المصرفي، أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، د.ط، د.ت.
- فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
- موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، مؤسسة الريان، بيروت، الطبعة الحادية عشرة، ٢٠٠٨م.

- عمار أحمد عبد الله، أثر التحول المصرفي في العقود الربوية، دار كنوز إشيليا، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
- عمر علي كامل، الرخصة الشرعية في الأصول والقواعد الفقهية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.

(غ)

- الغزالي، الإمام أبو حامد محمد بن محمد (ت ٥٠٥هـ):
- المستصفى في علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، ٢٠٠٠م.
- الوسيط، تحقيق: محمد تامر واحمد محمود، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

(ف)

- الفخر الرازي؛ فخر الدين محمد بن عمر التميمي (ت ٦٠٤هـ)، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٠م.
- فرج علي الفقيه حسين، مظاهر التيسير ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية، دار قتيبة، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
- فضل إلهي، التدابير الواقية من الربا، الناشر: إدارة ترجمان الإسلام، باكستان، الطبعة الرابعة، ١٩٩٩م.
- الفيروز آبادي؛ مجد الدين محمد بن يعقوب (ت ٧١٨هـ)، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، الطبعة السابعة، ٢٠٠٣م.
- فيصل بن سعود الحلبي، مقاصد المكلفين عند الأصوليين، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
- الفيومي؛ أحمد بن محمد بن علي المقرئ (ت ٧٧٠هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

(ق)

- القرافي ؛ شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي، (ت ٦٨٤هـ)، أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق: محمد سراج وآخرون، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- القرطبي ؛ محمد بن أحمد الأنصاري (ت ٦٧١هـ)، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.
- القزويني ؛ أبو حاتم محمود بن الحسن الأنصاري (ت ٤٤٠هـ)، الحيل في الفقه، تحقيق: يوسف شخت، د.ن، د.م، د.ط، ١٩٢٤م.
- قطب سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.
- القنوجي ؛ صديق بن حسن (ت ١٣٠٧هـ)، أبجد العلوم، تحقيق: عبد الجبار زكار، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، ١٩٧٨م.
- القونوي ؛ قاسم بن عبد الله (ت ٩٧٨هـ)، أنيس الفقهاء، تحقيق: د. أحمد عبد الرزاق الكبيسي، دار الوفاء، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.

(ك)

- الكاساني ؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي (ت ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي معوض وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م.
- الكلوزاني ؛ محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الحنبلي (ت ٥١٠هـ)، التمهيد في أصول الفقه، تحقيق: د محمد علي بن إبراهيم، دار المدني، جدة، السعودية، د.ط، د.ت.

(هـ)

- مالك، الإمام مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي (ت ١٧٩هـ)، موطأ الإمام مالك، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر، د.ط، د.ت.

- محسن الخضيرى، البنوك الإسلامية، دار الحرية، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٩٠ م.
- محمد بن إبراهيم، الحيل الفقهية في المعاملات المالية، الدار العربية للكتاب، د.م، د.ط، ١٩٨٣ م.
- محمد تقي العثماني، أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية، أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، د.ط، د.ت.
- محمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩ هـ)، المخارج في الحيل، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، د.ط، د.ت.
- محمد حسن عقيل موسى:
- المختار المصون من أعلام القرون، دار الأندلس الخضراء، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، ١٩٩٥ م.
- نزهة الفضلاء تهذيب سير أعلام النبلاء، دار الأندلس الخضراء، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، ١٩٩١ م.
- محمد الحسن مصطفى البغا، درء المفسدة في الشريعة الإسلامية، دار العلوم الإنسانية، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٧ م.
- محمد رامز العزيمي، بعض المخالفات الشرعية في استثمارات البنك الإسلامي الأردني، دار عمار للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠ م.
- محمد رشيد رضا، الربا والمعاملات في الإسلام، مكتبة الثقافة الإسلامية، الطبعة الأولى، ٢٠٠١ م.
- محمد أبو ركاب، المصالح المرسله وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢ م.
- محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠ م.

- محمد سعد اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الهجرة، السعودية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م.
- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٨٢م.
- محمد الشربيني الخطيب، الإقناع، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٤١٥هـ.
- محمد صالح عبد القادر، نظريات التمويل الإسلامي، دار الفرقان، الأردن، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م.
- محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية، ١٩٩٨هـ.
- محمد العلي القرني، التورق كما تجرته المصارف، أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، د.ط، د.ت.
- محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
- محمد محمود المكاوي، مستقبل البنوك الإسلامية في ظل التطورات الاقتصادية العالمية، دن، د.م، د.ط، ٢٠٠٣م.
- محمد مصطفى أبوه الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، السعودية، الطبعة الثانية، ٢٠٠١م.
- محمد موسى توانا، الاجتهاد، دار الكتب الحديثة، مصر، د.ط، د.ت.
- محمد هشام البرهاني، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، د.ط، ١٩٩٥م.
- محمود حامد عثمان:
- قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م.

- القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
- محمود عبد الرحيم الديب:
- أحكام الظفر بالحق بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط، د.ت.
- الخيل في القانون المدني؛ في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط، ٢٠٠٤م.
- محمود عبد الكريم ارشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- المرادوي؛ علاء الدين علي بن حسن (ت ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٨٦م.
- المرغاني؛ علي بن أبي بكر الحنفي (ت ٥٩٣هـ)، الهداية شرح البداية، المكتب الإسلامي، بيروت، د.ط، د.ت.
- مسفر علي القحطاني:
- مناهج الفتيا في النوازل الفقهية المعاصرة، دار الأندلس الخضراء، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
- منهج استنباط أحكام النوازل، دار الأندلس الخضراء، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
- مسلم، الإمام مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، (ت ٢٦١هـ) صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.
- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، الطبعة التاسعة، ١٩٦٨م.

- مصطفى الحن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٨٢م.
- مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار الإمام البخاري، دمشق، د.ط، د.ت.
- مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي، (ت ١٠٦٧هـ) كشف الظنون، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، ١٩٩٢م.
- مصطفى مخدوم:
- المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي، مكتبة الرشد، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.
- قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية، دار اشيليا، السعودية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
- المغربي؛ محمد بن عبد الرحمن المالكي (ت ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ.
- المناوي؛ محمد بن عبد الرؤوف (ت ١٠٣١هـ)، التعاريف، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
- منيب محمود شاكر، العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م.

(ن)

- ناصر النشوى، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
- ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٨٥م.
- نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، السعودية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠م.

- النسائي؛ أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن (ت ٣٠٣هـ)، سنن النسائي أو المجتبى من السنن، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، ١٩٨٦م.
 - النسفي؛ نجم الدين أبو حفص عمر بن محمد (ت ٥٣٧هـ)، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، تحقيق: الشيخ خالد العك، دار النفائس، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٩٩م.
 - نشوة العلواني، الحيل الشرعية بين الحظر والإباحة، دار أقرأ، سوريا، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.
 - نعمان جغيم، طرق الكشف عن مقاصد الشرع، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.
 - نور الدين مختار الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، مكتبة الرشد، السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.
 - النووي؛ أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف (ت ٦٧٦هـ):
 - تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق: عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
 - روضة الطالبين، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.
 - شرح صحيح مسلم، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، ١٩٨١م.
 - المجموع شرح المهذب، دار الفكر، د.ط، د.ت.
- (و)
- وهبة الزحيلي:
 - أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م.
 - الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب، دار الهجرة للطباعة والنشر، دمشق وبيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٩م.

- الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، الطبعة الثالثة، ١٩٨٩ م.
- المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، سوريا، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢ م.
- نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الخامسة، ١٩٩٧ م.

(ي)

- يعقوب عبد الوهاب الباحسين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الرابعة، ٢٠٠١ م.
- يوسف القرضاوي:
- الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر، الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٨٩ م.
- بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجزئ المصارف الإسلامية، مكتبة وهبة، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٨٧ م.
- عوامل السعة والمرونة وفق الشريعة الإسلامية، دار الصحوة، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٨٥ م.
- مقاصد الشريعة المتعلقة بالمال، دار الشروق، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، ٢٠١٠ م.
- يوسف كمال محمد، المصرفية الإسلامية الأزمنة والمخرج، دار الوفاء للنشر، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٩٦ م.

المجلات:

- مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد ٢٠، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، د.ت.

المقابلات:

- مقابلة مع القاضي الشرعي: أحمد بن عبد الله بن احمد، القاضي في المحاكم الشرعية في المنطقة الشرقية من المملكة العربية السعودية، في مدينة الدمام، في التاسع من شهر تشرين الأول عام ٢٠١١ م.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١٢-٥	المقدمة
الفصل الأول	
٩٠-١٣	التعريف والحيل المتفق على حكمها
١٥	المبحث الأول: تعريف الحيل الفقهية ونشأتها
١٥	المطلب الأول: تعريف الحيل الفقهية
١٥	الفرع الأول: الحيل في اللغة
١٦	الفرع الثاني: تعريف الحيل عند الفقهاء
٢٣	المطلب الثاني: النشأة وأطوار التأليف في الحيل
٢٣	الفرع الأول: ظهور الحيل
٢٤	الفرع الثاني: الأطوار التي مر بها التأليف في الحيل عند الحنفية
٣١	الفرع الثالث: مقارنة لتوضيح التوسع التدريجي في الحيل عند الأحناف ...
٣٢	الفرع الرابع: كتاب القزويني الشافعي في الحيل
٣٤	المطلب الثالث: أسباب ظهور الحيل
٣٩	المبحث الثاني: أقسام الحيل عند الفقهاء
٣٩	المطلب الأول: تقسيم الفقهاء للحيل
٤٠	الفرع الأول: تقسيم الحيل باعتبار علاقتها بالمقاصد الشرعية
٤٢	الفرع الثاني: تقسيم الحيل باعتبارين ؛ وسيلتها والمقصد منها
٤٥	الفرع الثالث: تقسيم الحيلة باعتبار الأحكام الفقهية الخمسة
٤٨	المطلب الثاني: الحيل التي وسيلتها محرمة وعلاقتها بالحيل الفقهية

الصفحة	الموضوع
٤٨	الفرع الأول: المقصود بهذا النوع من الحيل وموقعه من أقسام الحيل
٤٩	الفرع الثاني: مدى علاقة الحيل التي وسيلتها محرمة بموضوع الحيل الفقهية
٥١	الفرع الثالث: علاقة هذا النوع بفتح الذرائع، مع الأمثلة على ذلك
٥٢	الفرع الرابع: علاقة هذا النوع من الحيل بمسألة الظفر بالحق
٥٤	المبحث الثالث: الحيل المحرمة اتفاقاً
٥٤	المطلب الأول: المقصود بالحيل المحرمة اتفاقاً
٥٨	المطلب الثاني: الأدلة على تحريم هذه الحيل
٦١	المطلب الثالث: نسبة الحيل المحرمة للمذاهب الفقهية
٦٣	المطلب الرابع: أمثلة على الحيل المحرمة
٦٧	المبحث الرابع: الحيل الجائزة اتفاقاً أو المخارج الفقهية
٦٧	المطلب الأول: تعريف المخارج الشرعية أو الحيل الجائزة اتفاقاً
٦٧	الفرع الأول: المراد بالمخارج في اللغة وعند الفقهاء
٧٠	الفرع الثاني: تفضيل بعض الفقهاء لفظ المخارج لهذا القسم
٧١	الفرع الثالث: موقع هذا النوع من الحيل من تقاسيم الفقهاء السابقة للحيل
٧٢	المطلب الثاني: الأدلة الشرعية على جواز المخارج الفقهية وضوابطها
٧٣	الفرع الأول: من الأدلة الشرعية على جواز هذا القسم
٧٧	الفرع الثاني: ضوابط جواز المخارج الفقهية أو الحيل الجائزة اتفاقاً
٧٩	المطلب الثالث: تطبيقات لأوجه الاستفادة من المخارج الفقهية أو الحيل الجائزة

الفصل الثاني

الحيلت الفقهيّة المختلف فيها

١٨٦-٩١

- ٩٣ المبحث الأول: المباحث الاصولية المتعلقة بموضوع الحيل الفقهيّة
- ٩٤ المطلب الأول: علاقة الحيل بأصل اعتبار المآلات
- ٩٤ الفرع الأول: التعريف بأصل اعتبار المآلات و أدلة مشروعيته
- ٩٦ الفرع الثاني: علاقة الحيل بأصل اعتبار المآلات
- ٩٨ المطلب الثاني: اثر سد الذرائع في اختلاف الفقهاء في الحيل
- ٩٨ الفرع الأول: تعريف سد الذرائع وأهميته
- ١٠٠ الفرع الثاني: أقسام الذرائع
- ١٠١ الفرع الثالث: من الأدلة الشرعية على اعتبار سد الذرائع
- ١٠٢ الفرع الرابع: العلاقة بين سد الذرائع والحيل
- ١٠٤ المطلب الثالث: علاقة مقاصد المكلفين بالخلاف في الحيل
- ١٠٤ الفرع الأول: المراد بمقاصد المكلفين وأثره على خلاف الفقهاء في الحيل ...
- ١٠٥ الفرع الثاني: تحرير محل الخلاف في هذه المسألة
- ١٠٧ الفرع الثالث: مذهب القائلين باعتبار المقاصد الباطنة
- ١١٠ الفرع الرابع: مذهب القائلين بعدم اعتبار المقاصد الباطنة
- ١١٢ الفرع الخامس: أدلة القائلين باعتبار المقاصد في التصرفات بالقرائن ...
- ١١٦ الفرع السادس: أدلة القائلين بعدم اعتبار المقاصد بالقرائن
- ١٢٠ الفرع السابع: الترجيح بين أدلة الفريقين في المسألة
- ١٢٠ الفرع الثامن: أثر هذا الخلاف على حكم الحيل الفقهيّة

الصفحة

الموضوع

- الفرع التاسع: قاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمعاني" وعلاقتها بهذه المسألة ١٢٢
- الفرع العاشر: علاقة الاعتبار بظاهر التصرفات بمبدأ الصورية ١٢٣
- المبحث الثاني: حكم الحيل الفقهية وأدلة كل فريق ١٢٩
- المطلب الأول: القول بمنع الحيل الفقهية وأدلتها ١٣١
- الفرع الأول: تحرير مذهب المانعين للحيل ١٣١
- الفرع الثاني: أدلة القائلين بمنع الحيل ١٣٢
- المطلب الثاني: القول بجواز الحيل الفقهية وأدلتها ١٤٥
- الفرع الأول: تحرير مذهب القائلين بالجواز ١٤٥
- الفرع الثاني: مدى التزامهم بضوابط جواز الحيلة ١٤٨
- الفرع الثالث: أدلة المجيزين للحيل ١٥١
- المطلب الثالث: مناقشة أدلة الفريقين ١٦٣
- الفرع الأول: مناقشة أدلة المجيزين للحيل ١٦٣
- الفرع الثاني: مناقشة أدلة المانعين للحيل ١٦٧
- الفرع الثالث: الترجيح في حكم الحيل الفقهية ١٦٩
- المبحث الثالث: أثر الحيل على التصرفات والعقود ١٧١
- المطلب الأول: مراد الفقهاء بصحة أو بطلان التصرفات المشتملة على حيلة ١٧١
- المطلب الثاني: أقوال العلماء في أثر التحيل على التصرفات والعقود ١٧٥
- الفرع الأول: القائلون ببطلان التصرفات والعقود، وأدلتهم ١٧٥

الصفحة

الموضوع

- ١٧٨ الفرع الثاني: القول بعدم البطلان وأدلته
- ١٧٩ الفرع الثالث: حكم من أخذ بقول من يجوز الحيلة ثم بداله حرمتها
- ١٨١ المطلب الثالث: أمثلة تطبيقية لأثر الحيل على التصرفات والعقود

الفصل الثالث

٢٧٠-١٨٧

علاقة الحيل الفقهية بالمقاصد الشرعية

- ١٨٩ المبحث الأول: المقاصد الشرعية وأثرها في الاجتهاد لمعرفة حكم الحيل
- ١٨٩ المطلب الأول: تعريف المقاصد الشرعية وأقسامها
- ١٨٩ الفرع الأول: تعريف المقاصد الشرعية ووجودها في الأحكام الشرعية
- ١٩١ الفرع الثاني: تقسيم المقاصد باعتبار المصالح التي جاءت بحفظها
- ١٩٤ الفرع الثالث: تقسيم المقاصد باعتبار مرتبتها في القصد
- ١٩٧ الفرع الرابع: التقسيم للمقاصد باعتبار الشمول
- ١٩٩ المطلب الثاني: خصائص المقاصد الشرعية وأهميتها في الإجهاد الفقهي
- ١٩٩ الفرع الأول: خصائص المقاصد الشرعية
- ٢٠٠ الفرع الثاني: أهمية فهم المقاصد الشرعية للمجتهد
- ٢٠٢ الفرع الثالث: ضوابط الاجتهاد المسترشد بالمقاصد
- ٢٠٣ المطلب الثالث: العلاقة بين المقاصد الشرعية والحيل
- ٢٠٣ الفرع الأول: الحيل الفقهية من موضوعات أصل اعتبار المآل
- ٢٠٤ الفرع الثاني: تعلق حكم الحيل الفقهية بالمقاصد الشرعية
- ٢٠٦ المبحث الثاني: الحكم على الحيل بحسب أثرها على المقاصد الشرعية
- ٢٠٦ المطلب الأول: معايير في الحكم على الحيل

الصفحة	الموضوع
٢٠٦	الفرع الأول: معايير الحكم على الحيل باعتبار علاقتها بالمقاصد
٢١٠	الفرع الثاني: تقسيم ابن عاشور لأحكام الحيلة باعتبار أثرها على المقاصد ..
٢١٢	المطلب الثاني: حكم الحيل التي تفوت مقاصد الشارع
٢١٢	الفرع الأول: المقصود بهذا النوع وحكمه
٢١٣	الفرع الثاني: أمثلة تطبيقية لهذا النوع
	المطلب الثالث: حكم الحيل التي تفوت مقصدا شرعيا وتعوضه بمقصد
٢٢٠	مكافئ له
٢٢٠	الفرع الأول: المقصود بها وأقوال الفقهاء في حكمها
٢٢١	الفرع الثاني: الأمثلة التطبيقية لهذا النوع
٢٢٤	الفرع الثالث: الرأي الراجح في حكم هذا النوع
	المطلب الرابع: حكم الحيل التي تحقق مقاصد شرعية أكبر من التي
٢٢٥	تفوت
٢٢٥	الفرع الأول: المراد بها وحكمها وضوابطها
٢٣٠	الفرع الثاني: الأمثلة التطبيقية للحيل المعتبرة مقاصديا
٢٣٦	المطلب الخامس: علاقة الحيل بالاستحسان الأصولي
٢٣٦	الفرع الأول: المراد بالاستحسان لدى الأصوليين وأقسامه
٢٣٩	الفرع الثاني: الاعتبار بالاستحسان كدليل شرعي
٢٤١	الفرع الثالث: وجه العلاقة بين الاستحسان والحيل الفقهية
٢٤٤	المبحث الثالث: علاقة الحيل الفقهية بفقهاء التيسير وجلب المصلحة
٢٤٥	المطلب الأول: الرخصة الشرعية وعلاقتها بالحيل

الصفحة	الموضوع
٢٤٥	الفرع الأول: تعريف الرخصة ومتى تشرع
٢٤٦	الفرع الثاني: العلاقة بين الرخصة والحيل
٢٤٩	الفرع الثالث: علاقة الحيل بتتبع الرخص في المذاهب وبالتفريق بين المذاهب
٢٥٤	الفرع الرابع: علاقة الرخصة بالمخارج الشرعية
٢٥٥	المطلب الثاني: المصلحة الشرعية وعلاقتها بالحيل الفقهية
٢٥٦	الفرع الأول: تعريف المصلحة الشرعية وطرق معرفتها
٢٥٨	الفرع الثاني: أقسام المصالح وموقف الفقيه عند تعارضها
٢٥٩	الفرع الثالث: المصالح الملغاة
٢٦١	الفرع الرابع: علاقة المصالح بموضوع الحيل
٢٦٤	المطلب الثالث: رفع الحرج في الشريعة وعلاقته بالحيل
٢٦٤	الفرع الأول: تعريف التيسير وحقيقة وجوده في كل التكاليف
٢٦٥	الفرع الثاني: تعريف المشقة والحرج وأنواع المشقة
٢٦٧	الفرع الثالث: علاقة الحيل بقاعدة التيسير ورفع الحرج

الفصل الرابع

٢٧١-٣٤٦	المصرفية الإسلامية والحيل الفقهية
	المبحث الأول: الاستفادة من الحيل الفقهية في الإفتاء في المعاملات المالية المعاصرة
٢٧٣	المطلب الأول: مدى التزام الفقهاء المجيزين للحيل الفقهية بها كمنهج في الإفتاء

الصفحة	الموضوع
٢٧٤	الفرع الأول: المراد بمنهج الحيل في الإفتاء
٢٧٥	الفرع الثاني: مدى اطراد الإفتاء بمنهج الحيل
٢٧٦	الفرع الثالث: أسباب ترك الفقيه لمنهج الحيل في الإفتاء مع الأمثلة
٢٧٩	المطلب الثاني: مدى صلاحية الحيل الفقهية منهجا للإفتاء وحكم الإفتاء بها
٢٧٩	الفرع الأول: مدى صلاحية منهج الحيل الفقهية للإفتاء في النوازل المعاصرة
٢٨٣	الفرع الثاني: حكم الإفتاء بالحيل الفقهية
٢٨٦	المطلب الثالث: صلاحية المخارج الفقهية منهجا للإفتاء في المسائل المالية المعاصرة
٢٨٦	الفرع الأول: التعريف، وأنواع الحيل المندرجة تحت هذا المصطلح
٢٨٧	الفرع الثاني: صلاحية المخارج الفقهية منهجا للإفتاء
٢٨٨	الفرع الثالث: هل المخارج الفقهية منهج مستقل أم تابع؟
٢٩٠	المبحث الثاني: نشأة المصارف الإسلامية ودخول الحيل الفقهية عليها ...
٢٩٠	المطلب الأول: نشأة المصارف الإسلامية وغاياتها ومسؤولياتها
٢٩٠	الفرع الأول: نشأة المصارف الإسلامية وغاياتها
٢٩٤	الفرع الثاني: مسؤولية المصارف الإسلامية تجاه عملائها
٢٩٧	الفرع الثالث: جهود الفقهاء المعاصرين ومسؤولياتهم في توجيه المصارف
٢٩٨	المطلب الثاني: دخول الحيل الفقهية على أعمال المصارف الإسلامية

الصفحة	الموضوع
٢٩٩	الفرع الأول: حقيقة الفرق بين المصرف الربوي والمصرف الإسلامي ...
٣٠٠	الفرع الثاني: دخول الحيل على المصارف الإسلامية وأسباب ذلك
٣٠٣	الفرع الثالث: العقود التي يتحيل عليها في المصارف الإسلامية
٣٠٤	الفرع الرابع: محاولة تسويغ الحيل الممنوعة
٣٠٧	المطلب الثالث: أثر دخول الحيل الفقهية على المصارف الإسلامية
٣٠٧	الفرع الأول: محاكاة المصرف الإسلامي لأعمال البنك الربوي
٣١٠	الفرع الثاني: أثر استخدام منهج الحيل على المصارف الإسلامية
	المبحث الثالث: صيغ التمويل لدى المصارف الإسلامية وعلاقتها
٣١٥	بالمقاصد الشرعية والحيل الفقهية
٣١٥	المطلب الأول: مقاصد الشرع في المال وفي منع الربا
٣١٥	الفرع الأول: المقاصد الشرعية في المال
٣٢٠	الفرع الثاني: الأحكام الفقهية الخادمة للمقاصد في المال
٣٢٤	الفرع الثالث: مقاصد الشارع من منع الربا
٣٢٨	المطلب الثاني: صيغ التمويل في المصارف الإسلامية
٣٢٨	الفرع الأول: صيغ التمويل في المصارف الإسلامية
	الفرع الثاني: حصة كل صيغة من إجمالي أعمال التمويل في المصارف
٣٣٢	الإسلامية
٣٣٤	الفرع الثالث: سبب توسع المصارف في الصيغ السابقة وآثارها
	المطلب الثالث: صيغ التمويل من حيث تحقيقها للمقاصد الشرعية في
٣٣٦	المال

الصفحة

الموضوع

المصرفية	٣٣٦
الفرع الثاني: صيغ التمويل الأكثر تحقيقا للمقاصد الشرعية في المال	٣٣٧
الفرع الثالث: صيغ التمويل الأقل تحقيقا للمقاصد	٣٣٨
الفرع الرابع: التلازم بين منهج الحيل وبعده الصيغ عن تحقيق المقاصد	٣٤٠
المطلب الرابع: هل تحقق المصارف الإسلامية المقاصد الشرعية في المال ...	٣٤٠
الفرع الأول: نسبة الصيغ المختلفة من مجموع عقود التمويل لدى المصارف الإسلامية	٣٤١
الفرع الثاني: أهمية التوازن في التعامل بصيغ التمويل لتحقيق المقاصد في المال	٣٤٢

الفصل الخامس

تطبيقات على الحيل الفقهية في صيغ التمويل

٤٥٢-٢٤٧

لدى المصارف الإسلامية

المبحث الأول: كيفية وضع الحيل الفقهية وقرائن معرفة وجودها في التصرفات	٣٤٩
المطلب الأول: إنشاء الحيل الفقهية وبواعثها	٣٤٩
الفرع الأول: أركان الحيلة الفقهية	٣٤٩
الفرع الثاني: الأشخاص في الحيل	٣٥٢
الفرع الثالث: بواعث الحيل الفقهية	٣٥٣
الفرع الرابع: تصرفات التهمة المتعلقة بالحيل الفقهية	٣٥٤
المطلب الثاني: قرائن إرادة التحيل، مع الأمثلة التطبيقية	٣٥٦

الصفحة	الموضوع
٣٥٧	الفرع الأول: قرائن إرادة التحيل
٣٦١	الفرع الثاني: أمثلة تطبيقية لدلالة القرائن على إرادة الحيلة من التصرف
	المبحث الثاني: أهم المسائل الفقهية التي تبنى عليها صيغ التمويل في
٣٦٣	المصارف الإسلامية
٣٦٣	المطلب الأول: مسألة العينة
٣٦٣	الفرع الأول: التعريف وأهمية المسألة
٣٦٥	الفرع الثاني: أقوال الفقهاء في العينة وأدلتهم
٣٧٠	الفرع الثالث: صور أخرى للعينة عند الفقهاء
٣٧١	الفرع الرابع: العينة وبيع الآجال عند المالكية
٣٧٢	الفرع الخامس: صور التحيل على العينة عند الحنفية
٣٧٥	المطلب الثاني: مسألة التورق
٣٧٥	الفرع الأول: التعريف والفرق بينها والعينة
٣٧٥	الفرع الثاني: حكم التورق وشروط صحته، ومدى دخول الحيل عليه
٣٧٧	المطلب الثالث: بيع المربحة
٣٧٧	الفرع الأول: بيع المربحة البسيط
٣٧٨	الفرع الثاني: بيع المربحة للأمر بالشراء
٣٨٠	المطلب الرابع: عقد المضاربة
٣٨٠	الفرع الأول: التعريف والحكم
٣٨١	الفرع الثاني: شروط صحة المضاربة ودخول الحيل عليه
٣٨٣	المطلب الخامس: بيع الأجل وبيع التقسيط

الصفحة	الموضوع
٣٨٣	الفرع الأول: المراد ببيع التقسيط وأهميته في صيغ التمويل
٣٨٤	الفرع الثاني: حكم بيع التقسيط وشروط صحته
٣٨٧	المبحث الثالث: الحيل الواقعة في صيغ التمويل لدى المصارف الإسلامية ...
٣٨٨	المطلب الأول: الحيل في التمويل بصيغة بيع المربحة للأمر بالشراء
٣٨٨	الفرع الأول: المراد بالمربحة للأمر بالشراء
٣٩٠	الفرع الثاني: إجراءات عقد المربحة الذي تجر به المصارف
	الفرع الثالث: حكم الوعد الملزم في بيع المربحة للأمر بالشراء، وعلاقته
٣٩١	بالحيل
٣٩٥	الفرع الرابع: حقيقة وجود التحيل في المربحة بشرط الوعد الملزم
٣٩٨	الفرع الخامس: الترجيح في حكم المربحة المصرفية
٤٠١	الفرع السادس: أهمية المربحة كبديل للاعتماد المستندي
	الفرع السابع: أثر الإجراءات الخاطئة في المربحة في دخولها في دائرة
٤٠٤	الحيل الممنوعة
٤٠٥	الفرع الثامن: ضوابط لتصحيح المربحة المصرفية
٤٠٦	الفرع التاسع: المخارج الشرعية التي تغني المصارف عن الوعد الملزم ...
٤٠٨	المطلب الثاني: الحيل في التمويل بصيغة التورق المنظم
٤٠٨	الفرع الأول: المراد به، والفرق بينه وبين العقود المشابهة
٤١٠	الفرع الثاني: مكانة التورق المصرفي بين صيغ التمويل
٤١١	الفرع الثالث: إجراءات التورق المصرفي والسلع الوسيطة فيه
٤١٤	الفرع الرابع: حقيقة وجود الحيل المحرمة في التورق المنظم وحكمها ...

الصفحة	الموضوع
٤١٨	الفرع الخامس: معضدات في ترجيح تحريم الحيلة في التورق المصرفي ...
٤٢٠	الفرع السادس: مقترحات لتصحيح التورق المصرفي
٤٢٥	المطلب الثالث: الحيل في التمويل بصيغة الإجارة المنتهية بالتمليك
٤٢٥	الفرع الأول: المراد بهذه الصيغة وأهميتها
٤٢٦	الفرع الثاني: إجراءات هذه الصيغة في التمويل وصيغها المختلفة
٤٢٧	الفرع الثالث: حقيقة وجود الحيلة في هذه الصيغة
٤٢٨	الفرع الرابع: أقوال الفقهاء المعاصرين في هذه الصيغة وعلاقتها بالحيلة ..
٤٣٠	الفرع الخامس: حكم هذه الحيلة
٤٣٢	المطلب الرابع: الحيل لدى المصارف لأخذ الفائدة الممنوعة من العميل ...
٤٣٢	الفرع الأول: التحيل بأخذ الفائدة عند ماطلة المدين في السداد
	الفرع الثاني: التحيل بتمويل المصرف للمدين بقرض جديد ليسد الدين
٤٣٨	القديم
٤٤٣	المطلب الخامس: الحيل لدى المصارف لدفع فائدة مالية للعميل
٤٤٣	الفرع الأول: التورق العكسي بين المصرف والعملاء
٤٤٦	الفرع الثاني: الحيلة بضممان المصرف لرأس مال العميل في المضاربة
٤٥٣-٤٥٦	الخاتمة
٤٥٧	ثبت المصادر والمراجع
٤٧٩	فهرس الموضوعات

* * * * *